This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

3 2044 103 183 943

HARVARD LAW LIBRARY

Received JUN 27 1921

France

TRAITÉ

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DE PROCÉDURE

III

OUVRAGES DU MÊME AUTEUR

Précis de procédure civile, contenant les matières exigées pour l'examen de licence en droit, 3e édit., 1897, **1** volume in-**8**o..... **8** fr.

Histoire des locations perpétuelles et des baux à longue durée, 1879, **1** volume in-**8**o..... **12** fr.

(Ouvrage couronné par l'Académie des Sciences morales et politiques.)

Textes de droit romain, à l'usage des Facultés de droit, 1888, **1** volume in-**18**..... **6** fr.

Traité élémentaire des voies d'exécution, examen de licence, cours à option de 3e année (décret du 24 juillet 1889), **1** volume in-**18**, 2e édit., 1894..... **6** fr.

TRAITÉ

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DE PROCÉDURE

(ORGANISATION JUDICIAIRE
COMPÉTENCE ET PROCÉDURE EN MATIÈRE CIVILE
ET COMMERCIALE)

PAR

E. GARSONNET

DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DEUXIÈME ÉDITION

Revue, corrigée, et mise au courant de la Législation et de la Jurisprudence

---

TOME TROISIÈME

(La première édition de cet ouvrage a été couronnée par l'Académie des Sciences morales et politiques : prix Wolowski, 1894.)

PARIS

LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS ET DES ARRÊTS
FONDÉ PAR J.-B. SIREY, ET DU JOURNAL DU PALAIS
Ancienne Maison L. LAROSE et FORCEL
22, rue Soufflot, 22

L. LAROSE, Directeur de la Librairie

1899

JUN 27 1921

TROISIÈME PARTIE

(suite)

PROCÉDURE

(suite)

LIVRE PREMIER

PROCÉDURE ANTÉRIEURE AU JUGEMENT

(*suite*)

7 v 54

TITRE III

INSTRUCTION

(*suite*)

CHAPITRE PREMIER

DE L'INSTRUCTION DEVANT LES TRIBUNAUX DE PREMIÈRE INSTANCE

(*suite*)

SECTION II

Incidents de la procédure ordinaire.

(*suite*)

ARTICLE III

INCIDENTS RELATIFS A LA PREUVE.

(*suite*)

N° III

Preuve par témoins.

SOMMAIRE. — § **819**. Notion générale de la preuve par témoins et de l'enquête. — § **820**. I. Défense de prouver par témoins au-dessus de 150 francs. — § **821**. Suite. Pourquoi cette preuve est de droit au-dessous de cette somme. — § **822**. Suite. Faits dont la preuve par témoins n'est jamais admise. — § **823**. Suite. Cas exceptionnels où elle est admise au-dessus de 150 francs. — § **824**. Suite. 1° Commencement de preuve par écrit. — § **825**. Suite.

2° Impossibilité de se procurer une preuve écrite. — § **826**. Suite. 3° Matières commerciales. — § **827**. II. Défense de prouver par témoins contre et outre le contenu aux actes. Exceptions à cette règle. — § **828**. III. Le droit de prouver par témoins n'est pas celui de faire appel à tous les témoignages. — § **829**. Suite. 1° Personnes incapables de déposer. — § **830**. Suite. 2° Témoins reprochables. — § **831**. Suite. Ils ne le sont que dans les cas déterminés par la loi. — § **832**. Suite. Quels sont ces cas. — § **833**. IV. Obligations des témoins assignés dans une enquête. — § **834**. V. Demande d'enquête. — § **835**. Suite. Dans quel cas le tribunal peut ou doit y faire droit. — § **836**. Suite. Jugement qui ordonne l'enquête. — § **837**. Suite. Droit de faire la contr'enquête. — § **838**. VI. Comment l'enquête commence. — § **839**. Suite. Assignation de la partie adverse et des témoins. — § **840**. Suite. Obligation de commencer l'enquête dans un certain délai. — § **841**. Suite. A quel moment elle est réputée commencée. — § **842**. VII. Procédure d'enquête. Comparution des témoins. — § **843**. Suite. Leur audition. — § **844**. Suite. Leur serment. — § **845**. Suite. Ils doivent déposer oralement. — § **846**. Suite. *Quid*, s'ils sont incapables ou reprochables? — § **847**. Suite. Procès-verbal de l'enquête. — § **848**. VIII. Obligation de la terminer dans un certain délai; possibilité de le proroger. — § **849**. IX. Nullités d'enquête. — § **850**. Suite. Dans quels cas l'enquête nulle peut être recommencée. — § **851**. Suite. Dans quels cas il y a lieu d'en prononcer la nullité. — § **852**. Suite. Du droit qu'a le tribunal d'ordonner une seconde enquête. — § **853**. X. Comment, l'enquête devant le juge-commissaire étant terminée, l'affaire est portée à l'audience; discussion des témoignages; jugement du fond. — § **854**. XI. Caractères et inconvénients de ce mode d'enquête. — § **855**. XII. L'enquête appartient au système des preuves naturelles; conséquences qui en résultent; de la preuve par commune renommée. — § **856**. XIII. De l'enquête principale ou « à futur ».

§ **819**. La preuve par témoins, à laquelle correspond la procédure d'enquête, diffère, sous deux rapports, des précédentes : 1° elle n'est reçue ni dans tous les cas comme la preuve littérale[1], ni même de droit commun comme l'aveu judiciaire[2]; elle n'est admise que par exception; 2° elle provoque toujours un incident lorsqu'elle est offerte au cours d'une instance, c'est-à-dire qu'elle n'est valablement administrée que suivant les formes particulières de l'enquête[3]. La théorie du Code civil, en cette matière, se résume dans les

§ **819**. [1] Certains faits juridiques ne peuvent être prouvés que par acte authentique — on dit alors que l'écriture est requise *ad solemnitatem actûs* (Voy. t. II, § **691**) — mais il n'y a pas de fait juridique ou matériel qui ne puisse se prouver par écrit.

[2] L'aveu judiciaire prouve ou, pour mieux dire, dispense de prouver tous les faits dont la reconnaissance n'est pas défendue par la loi, ou de nature à compromettre des droits auxquels il est défendu de renoncer (Voy. t. II, § **693**). Quant à l'aveu extrajudiciaire, je rappelle que la preuve n'en est admise que dans les cas où il est permis de faire entendre des témoins (Voy. t. II, § **720**).

[3] Comp. t. II, § **784**. Cela n'empêche pas qu'une enquête puisse être principale, c'est-à-dire faite en dehors d'une instance actuellement pendante (Voy. *infrà*, § **856**).

trois propositions suivantes. 1° La preuve par témoins n'est admise ni pour les faits juridiques dont l'intérêt dépasse 150 francs, ni pour ceux que la loi prescrit de constater par écrit quelque intérêt qu'ils représentent[4]. 2° Dès qu'un fait juridique est constaté par écrit, peu importe l'intérêt qui s'y attache, et il est défendu de prouver par témoins contre et outre le contenu à l'acte[5]. 3° Ces principes reçoivent exception : 1) s'il existe un commencement de preuve par écrit[6]; 2) si le demandeur n'a pu se procurer une preuve écrite[7]; 3) s'il s'agit d'une affaire commerciale pour laquelle le tribunal de première instance soit compétent[8]. Hors ces cas d'exception, la prohibition est absolue, et nul ne peut l'éluder en faisant comparaître ou interroger sur faits et articles des personnes qui ne pourraient être entendues dans une enquête[9]; mais, aux termes d'une jurisprudence aujourd'hui constante, ces règles n'ont aucun caractère d'ordre public, et les tribunaux ne peuvent rejeter d'office la preuve testimoniale lorsqu'une partie demande à la faire, que l'autre y donne son consentement[10]

[4] C. civ., art. 1341.

[5] *Ib.*

[6] C. civ., art. 1347.

[7] C. civ., art. 1348. J'entends ici par demandeur celui qui demande à faire la preuve par témoins, quand même il jouerait dans le procès le rôle de défendeur.

[8] C. civ., art. 1341. C. comm., art. 109. Comp. t. I, § **61**, et t. II, § **721**. Je fais cette réserve, parce qu'il ne s'agit ici que de la procédure des tribunaux de première instance; voy., sur la procédure commerciale, t. III, §§ **1015** et suiv.

[9] Civ. cass. 29 brum. an II; Amiens, 26 janv. 1822; Poitiers, 18 janv. 1831 (D. A. v° *Obligations*, n° 4612). Bordeaux, 24 janv. 1849 (D. P. 49. 2. 159). Voy. cep. Caen, 6 mars 1847 (D. A. *v° cit.*, n° 4613). Comp. t. II, §§ **787** et **794**, note 7.

[10] Bourges, 18 déc. 1826; Rennes, 25 févr. 1841 (D. A. *v° cit.*, n° 4615). Bordeaux, 16 janv. 1846 (D. P. 46. 2. 82). Req. 5 août 1847 (D. P. 47. 1. 349). Bordeaux, 6 mars 1849 (D. P. 49. 2. 238). Crim. rej. 14 févr. 1873 (D. P. 73. 1. 195). Rouen, 8 juill. 1874 (D. P. 75. 2. 87). Civ. cass. 24 août 1880 (D. P. 80. 1. 447). Req. 15 mars 1892 (D. P. 93. 1. 309; S. 94. 1. 495). Civ. cass. 1er juin 1893 (D. P. 93. 1. 445; S. 93. 1. 285). Civ. rej. 23 avr. 1894 (D. P. 94. 1. 327). *Contrà*, trib. de Luxembourg, 23 mars 1892 (S. 93. 4. 23). De même, le moyen tiré de ce que la preuve par témoins n'aurait pas dû être admise ne peut être opposé pour la première fois devant la cour de cassation, par la raison qu'en ne l'invoquant ni en première instance ni en appel on est présumé y avoir renoncé (Crim. rej. 13 juin 1861. D. P. 61. 1. 359; req. 17 mai 1870, D. P. 71. 1. 52; crim. rej. 14 févr. 1873, D. P. 73. 1. 495); civ. cass. 8 juin 1896, D. P. 97. 1. 464, S. 97. 1. 178). La cour de Caen a cependant jugé, le 30 avril 1860, qu'il qu'il n'est pas permis de convenir d'avance que la preuve par témoins sera employée hors des circonstances où la loi l'autorise (D. P. 61. 2. 56) : cette convention, qui pourrait être souscrite légèrement et même devenir de style, est, en effet, plus dangereuse que le consentement donné au milieu d'un procès et

exprès[11], et que l'objet du procès est dans le domaine des conventions privées[12]. Les droits des tiers sont, d'ailleurs, réservés, et l'on verra au § **825** que, dans l'impossibilité où ils sont de se procurer une preuve écrite des actes où ils n'ont pas figuré, ils ont toujours le droit de les prouver par témoins.

§ **820**. I. L'obligation de constater par écrit les faits juridiques d'une certaine importance, et la défense de les prouver par témoins, n'ont pas toujours existé. Cette preuve a passé pendant longtemps pour la plus sûre de toutes : à Rome, et en France jusqu'au XVIe siècle, on l'admettait sans limite et en toute matière[1]. Plus tard, on s'est avisé du dan-

en face des difficultés qu'il soulève. Toutefois, même dans ces termes, cette jurisprudence soulève plus d'une objection, car on ne peut méconnaître que les motifs qui font généralement proscrire la preuve testimoniale (Voy. le § suivant) sont, jusqu'à un certain point, d'intérêt général, sinon d'ordre public : la loi s'est proposé, entre autres objets, de mettre obstacle à la multiplication des procès, et ce but est manqué si les tribunaux sont tenus d'admettre la preuve testimoniale quand la loi la proscrit, mais que la partie intéressée consent à s'y soumettre. J'ajoute qu'elle y donnera d'autant plus volontiers son adhésion que la contr'enquête est de droit (Voy. *infrà*, § **837**), et qu'en consentant à ce que son adversaire fasse entendre des témoins, elle se réserve par-là même le droit de faire entendre les siens. Aussi cette question, déjà controversée dans l'ancien droit (Duparc-Poullain, *Principes du droit français*, t. IX, p. 301 et suiv.; Jousse, *Commentaire de l'ordonnance civile d'avril 1667*, t. II, p. 307; Rodier, *Questions sur l'ordonnance d'avril 1667*, p. 283), divise-t-elle encore les auteurs. Voy., dans le sens de la jurisprudence, Favard de Langlade, *Répertoire de jurisprudence*, v° *Enquête*, sect. I, § I, n° 3; Duranton, *Cours de droit civil*, t. XIII, n°s 308 et 329; Carré, *Lois de la procédure*, t. II, quest. 976; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *Cours de procédure civile*, t. I, n° 474; Rodière, *Cours de compétence et de procédure en matière civile*, t. I, p. 387; Bonnier, *Des preuves*, n° 177; et, en sens contraire, Merlin, *Répertoire de jurisprudence*, v° *Preuve*, sect. II, § III, art. I, n° 28; Toullier, *Droit civil expliqué*, t. IX, n°s 36 et suiv.; Demolombe, *Cours de Code civil*, t. XXX, n° 215; Marcadé, *Explication du Code civil*, t. V, sur l'art. 1348, n° 8; Boncenne, *Théorie de la procédure civile*, t. IV, p. 224 et suiv.; Larombière, *Des obligations*, t. VI, sur l'art. 1341, n°s 1 et 2.

[11] Civ. cass. 1er juin 1893 (D. P. 93. 1. 445; S. 93. 1. 285). Req., 27 juill. 1896 (D. P. 97. 1. 421; S. 97. 1. 327). Une simple réticence de la partie contre qui la preuve testimoniale est offerte ne suffira jamais pour l'autoriser; et, si le tribunal ne l'a pas rejetée d'office, ce sera un moyen de cassation qui pourra être opposé pour la première fois devant la cour suprême (Bioche, *Dictionnaire de procédure*, v° *Enquête*, n° 42; Bonnier, *op. et loc. cit.*).

[12] La preuve testimoniale, sans commencement de preuve par écrit, sera donc rejetée d'office en matière de filiation — il n'y a aucun doute sur ce point — quand même la partie contre laquelle elle est demandée n'y ferait pas opposition (Voy., sur la preuve testimoniale dans les questions de filiation, le § suivant).

§ **820**. [1] Voy. : 1° en droit romain, Dig., L. 1, pr. et § 1, *De test.* (XXII, v), Cod. Just., L. 15, *De fid. instr.* (IV, XXI), et Nov. Just., LXXIII, c. III; 2° dans l'an-

ger de mettre des intérêts considérables à la discrétion de témoins peut-être achetés[2], des complications, des lenteurs et des frais que l'enquête entraîne à sa suite, et du grand nombre de procès que susciterait fatalement la preuve orale de toutes les prétentions[3]. De là, en février 1566, l'article 54 de l'ordonnance de Moulins : « Avons ordonné et ordonnons « que dorénavant, de toutes choses excédant la somme ou « valeur de 100 livres, pour une fois payer, seront passés « contrats par-devant notaires et témoins[4], par lesquels con- « trats seulement sera faite et reçue toute preuve ès dites « matières »[5]. Cette disposition a subi deux changements en passant dans l'ordonnance d'avril 1667[6] et, de là, dans l'article 1341 du Code civil : 1° le taux de 100 livres a été porté à 150 francs, qui, à vrai dire, ne représentent même pas 100 livres d'autrefois[7]; 2° à la formule *seront passés contrats* a succédé celle *il doit être passé acte de toutes choses*[8], qui

cien droit français, Bouteiller, *Somme rurale*, liv. I, tit. cvi (p. 621); Loisel, *Institutes coutumières*, liv. V, tit. v, art. 5 (t. II, p. 153); voy. cep. Beaumanoir, *Coutumes de Beauvoisis*, ch. XXXIX, n° 5 (t. II, p. 93). Aj., sur ce point, Bonnier, *op. cit.*, n° 138.

[2] « Qui mieux abreuve mieux preuve » (Loisel, *op. cit.*, liv. V, tit. v, art. 1 T. II, p. 151).

[3] Le danger de la subornation des témoins n'est donc pas, comme on le dit quelquefois, le seul motif de prohiber ou, du moins, de restreindre la preuve testimoniale (Voy., sur ce point, *infrà*, même §, le début de l'article 54 de l'ordonnance de Moulins, Aubry et Rau, *Droit civil français*, t. VIII, p. 294; et, sur les conséquences de cette idée, *infrà*, même §; aj. Latreille, *De la preuve testimoniale et de la prohibition dont elle a été l'objet*, dans la *Revue pratique de droit français*, t. XXXIII, 1872, p. 1 et suiv.).

[4] L'ordonnance ajoutait, d'ailleurs, dans le même article : « En quoi n'enten- « dons exclure les preuves des conventions particulières et autres, qui seraient « faites par les parties sous leurs seings, sceaux et écritures privées. »

[5] Isambert, *op. cit.*, t. XIV, p. 203.

[6] Tit. XX, art. 2.

[7] On a vu une progression analogue dans le taux de la compétence des juges de paix (Voy. t. I, § 46, note 11), on la retrouvera dans la théorie du dernier ressort (Voy. le tome V), et M. Talon a déposé, le 10 juillet 1895, à la Chambre des députés la proposition d'élever à 300 francs le chiffre au-dessus duquel la preuve testimoniale n'est pas admise (Voy. le rapport présenté, le 21 janvier 1896, par M. Sauzet au nom de la commission de la réforme judiciaire à laquelle cette proposition a été renvoyée, dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, nouv. sér., t. XXV, 1896, p. 112 et suiv.).

[8] Elle se trouve déjà dans l'ordonnance d'avril 1667 (Tit. XX, art. 2; voy., sur ce point, Pothier, *Des obligations*, n° 785). L'article du projet du Code civil, qui correspond à l'article 1341, était ainsi conçu : « Il doit être passé acte devant « notaires ou sous signature privée de toutes conventions sur choses excédant « la somme ou valeur de 150 francs » (Locré, *Législation civile*, t. XII, p. 127). Voy., sur l'application de l'article 1341 du Code civil en Algérie, Alger, 28 janv. 1892 (D. P. 93. 2. 103).

implique la nécessité de constater par écrit non-seulement les contrats[9], mais encore tous les faits juridiques dont le résultat immédiat et nécessaire est de créer, transférer, reconnaître, transformer, confirmer ou éteindre un droit ou une obligation[10].

[9] « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes « s'obligent envers une ou plusieurs autres à donner, à faire ou à ne pas faire » (C. civ., art. 1101). Voy., pour l'échange, civ. cass. 29 déc. 1863 (D. P. 64. 1. 42) : pour le mandat, Bruxelles, 9 févr. 1822 (D. A. v° *Désaveu*, n° 55), civ. cass. 14 juill. 1851 (D. P. 51. 1. 199), Orléans, 8 janv. 1853 (D. P. 55. 2. 78), req. 5 févr. 1880 (D. P. 81. 1. 373); pour le mandat, req. 9 juill. 1890 (S. 92. 1. 557), Montpellier, 1er juin 1891 (S. 92. 2. 103), Besançon, 31 déc. 1894 (S. 95. 2. 100); pour le cautionnement, Nîmes, 6 juin 1823 (D. A. v° *Louage*, n° 136), civ. rej. 1er févr. 1836 (D. A. v° *Obligations*, n° 4099), Nancy, 9 avr. 1870 (D. P. 72. 2. 193); pour le don manuel, Grenoble, 20 janv. 1826 (D. A. v° *cit.*, n° 2590), Pau, 10 mars 1840 (D. A. v° *Dispositions entre-vifs et testamentaires*, n° 1627), Paris, 22 janv. 1850 (D. P. 50. 2. 27), Paris, 25 mars 1876 (D. P. 77. 2. 9); pour la rétrocession d'un immeuble, civ. cass. 17 vend. an V (D. A. v° *Obligations*, n° 4644), civ. cass. 27 juill. 1859 (D. P. 59. 1. 398), req. 28 nov. 1871 (D. P. 72. 1. 18); pour les modifications apportées à un contrat de société, Angers, 24 févr. 1894 (S. 96. 2. 243); pour la promesse d'aliments, req. 4 avr. 1837 (D. A. v° *cit.*, n° 4660); pour l'assurance sur la vie, Rouen, 12 mars 1873 (D. P. 74. 2. 60); pour les contrats entre patrons et ouvriers, civ. cass. 16 janv. 1866 (D. P. 66. 1. 64); pour les marchés non commerciaux conclus en foire, Bourges, 23 févr. 1842 (D. A. v° *cit.*, n° 4975); pour la souscription à un ouvrage de librairie, req. 8 nov. 1843 (D. A. v° *Souscriptions littéraires*, n° 2); pour le dépôt volontaire et la remise de blanc-seing, civ. rej. 18 janv. 1831 (D. A. v° *Obligations*, n° 4648), crim. rej. 5 mai 1831, Toulouse, 5 déc. 1838 et 5 juin 1841, Riom, 30 mars 1843 (D. A. v° *Abus de confiance*, n° 48), Nancy, 8 févr. 1845 (D. P. 45. 2. 70), req. 3 mai 1848 (D. P. 48. 1. 145), Orléans, 7 févr. 1853 (D. P. 55. 5. 3), Dijon, 12 mai 1876 (D. P. 77. 2. 129), req. 5 août 1880 (D. P. 81. 1. 211), crim. cass. 3 juin 1892 (S. 92. 1. 431); pour la remise de dette, Besançon, 29 juin 1892 (D. P. 93. 2. 555); pour les actes interruptifs de prescription, c. just. civ. de Genève, 14 mai 1892 (S. 92. 4. 40); pour la promesse de mariage, Grenoble, 2 févr. 1897 (D. P. 98. 2. 57); pour la transformation d'une dette naturelle en obligation civile, Bordeaux, 11 mars 1896 (S. 98. 2. 141). Voy. encore Poitiers, 6 mai 1891 (S. 92. 2. 108); Pau, 15 janv. 1896 (D. P. 97. 2. 105). La cour de cassation a pu juger que le dépôt fait chez un greffier se prouve par témoins, par application de l'article 1348 (Voy. le § suivant), lorsqu'il est établi que le dépositaire n'avait pas l'habitude de donner un reçu (Req. 25 juin 1877; D. P. 78. 1. 27), mais c'est tout à fait par erreur que la cour de Colmar a admis, le 18 avril 1806, la preuve testimoniale d'un prêt à usage (D. A. v° *Prêt*, n° 59).

[10] Toullier, *op. cit.*, t. IX, n° 23. Duranton, *op. cit.*, t. XIII, n° 315. Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 14. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 299. Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, n° 315 *bis*-VI. Marcadé, *op. cit.*, sur l'art. 1341, n° 1. Larombière, *op. cit.*, t. VI, sur l'art. 1341, n° 6. Bonnier, *op. cit.*, n° 153. Voy., pour le paiement, Turin, 8 juin 1810, Amiens, 17 juin 1812 (D. A. v° *Obligations*, n° 4650), civ. cass. 12 janv. 1814 (D. A. v° *Tierce opposition*, n° 48), Metz, 29 mai 1818 (D. A. v° *Obligations*, n° 3065), civ. cass. 30 mars 1836 (D. A. v° *cit.*, n° 5019), civ. rej. 3 août 1836 (D. A. v° *cit.*, n° 4775), Toulouse, 20 avr. 1847 (D. A. v° *cit.*, n° 2440), req. 31 mars 1874 (D. P. 75. 1. 229), civ. cass. 6 févr. 1878 (D. P. 78. 1. 167); pour la dation en paiement, req. 17 janv. 1882 (D. P. 82. 1. 424); pour la reconnaissance d'une dette antérieure, Bruxelles, 24 févr. 1825 (D. A. v° *cit.*, n° 4656); pour la reddition de compte, civ. cass. 23 févr. 1814, Toulouse, 6 févr. 1835 (D. A. v° *cit.*, n° 4658); pour la dispense de rapport, Bastia, 26 déc. 1855 D. P. 56. 2. 149).

Les seuls faits qui échappent à l'application de ce principe sont les faits purs et simples, dont les résultats directs sont purement matériels, et qui ne sont que par accident la source de rapports juridiques[11] : tels sont les faits matériels de possession, qui peuvent conduire à la prescription ou motiver l'exercice des actions possessoires[12]; les plantations et constructions sur le sol d'autrui, dont le possesseur peut demander indemnité au propriétaire qui l'évince[13]; les naissances, les mariages, les décès et les faits constitutifs de la possession d'état[14]; et ceux qui peuvent motiver la séparation de corps, ou d'où résulte, au contraire, la réconciliation des époux[15].

§ **821**. Au-dessous de 150 francs la preuve par témoins s'impose. Comment exiger, pour une si petite somme, l'intervention d'un notaire, ou même la confection d'un acte sous seing privé? Quelle complication dans les transactions les plus simples! Quelle gêne dans les relations quotidiennes[1]! La question de savoir si la matière dépasse ou non 150 francs, et si, par conséquent, la preuve testimoniale est défendue ou permise, se résout au moyen des trois règles suivantes[2]. 1° Si l'objet de la convention est déterminé en ar-

[11] Jaubert, *Rapport au Tribunat* (Dans Locré, *op. cit.*, t. XII, p. 526). Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 15. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 301 et 302. Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, n° 315 *bis*-VII. Dalloz et Vergé, *Code civil annoté*, art. 1348, n°s 18 et suiv. Trib. de Lombez, 5 août 1891 (D. P. 93. 2. 491). Req. 15 mars 1892 (D. P. 93. 1. 309; S. 94. 1. 495). Req. 27 juill. 1896 (D. P. 27. 1. 421: S. 97. 1. 327), Alger, 23 déc. 1895 (D. P. 97. 2. 453).

[12] Bruxelles, 25 janv. 1816 (D. A. *v° cit.*, n° 4663). Nîmes, 1er août 1836 (D. A. v° *Louage*, n° 29). C. cass. de Belgique, 24 janv. 1837 (D. A. v° *Enregistrement*, n° 5525). Besançon, 16 août 1838; ch. réun. cass. 23 mars 1842 (D. A. v° *Usage*, n° 198).

[13] Civ. cass. 27 juill. 1859 (D. P. 59. 1. 398).

[14] Voy., pour les naissances, mariages et décès, dans le cas où les registres de l'état civil sont perdus ou n'ont pas été tenus, C. civ., art. 46; pour les faits constitutifs de la possession d'état, Demolombe, *op. cit.*, t. VI, n° 212, Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VI, p. 12; pour la preuve de l'identité, Bastia, 17 août 1829 (D. A. v° *Paternité et filiation*, n° 596); mais voy., pour la preuve testimoniale de la filiation, l'article 323 du Code civil qui ne l'autorise que moyennant un commencement de preuve par écrit, sur la nature particulière duquel je reviendrai au § suivant.

[15] Req. 25 mai 1808 (D. A. v° *Séparation de corps*, n° 272). Amiens, 30 mars 1822 (D. A. v° *Enquête*, n° 262).

§ **821**. [1] Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 31.

[2] Je néglige, dans cet exposé sommaire des principes qui régissent la preuve testimoniale, les articles 1345 et 1346 du Code civil qui prescrivent : 1° de rejeter la preuve par témoins des demandes qui, jointes ensemble et même procédant de causes différentes, excèdent la somme de 150 francs; 2° de former

JUN 27 1921

TROISIÈME PARTIE

(*suite*)

PROCÉDURE

(*suite*)

LIVRE PREMIER

PROCÉDURE ANTÉRIEURE AU JUGEMENT

(*suite*)

TITRE III

INSTRUCTION

(*suite*

CHAPITRE PREMIER

DE L'INSTRUCTION DEVANT LES TRIBUNAUX DE PREMIÈRE INSTANCE

(*suite*)

SECTION II

Incidents de la procédure ordinaire.

(*suite*

ARTICLE III

INCIDENTS RELATIFS A LA PREUVE.

(*suite*

N° III

Preuve par témoins.

SOMMAIRE. — § **819**. Notion générale de la preuve par témoins et de l'enquête. — § **820**. I. Défense de prouver par témoins au-dessus de 150 francs. — § **821**. Suite. Pourquoi cette preuve est de droit au-dessous de cette somme. — § **822**. Suite. Faits dont la preuve par témoins n'est jamais admise. — § **823**. Suite. Cas exceptionnels où elle est admise au-dessus de 150 francs. — § **824**. Suite. 1° Commencement de preuve par écrit. — § **825**. Suite.

2° Impossibilité de se procurer une preuve écrite. — § **826**. Suite. 3° Matières commerciales. — § **827**. II. Défense de prouver par témoins contre et outre le contenu aux actes. Exceptions à cette règle. — § **828**. III. Le droit de prouver par témoins n'est pas celui de faire appel à tous les témoignages. — § **829**. Suite. 1° Personnes incapables de déposer. — § **830**. Suite. 2° Témoins reprochables. — § **831**. Suite. Ils ne le sont que dans les cas déterminés par la loi. — § **832**. Suite. Quels sont ces cas. — § **833**. IV. Obligations des témoins assignés dans une enquête. — § **834**. V. Demande d'enquête. — § **835**. Suite. Dans quel cas le tribunal peut ou doit y faire droit. — § **836**. Suite. Jugement qui ordonne l'enquête. — § **837**. Suite. Droit de faire la contr'enquête. — § **838**. VI. Comment l'enquête commence. — § **839**. Suite. Assignation de la partie adverse et des témoins. — § **840**. Suite. Obligation de commencer l'enquête dans un certain délai. — § **841**. Suite. A quel moment elle est réputée commencée. — § **842**. VII. Procédure d'enquête. Comparution des témoins. — § **843**. Suite. Leur audition. — § **844**. Suite. Leur serment. — § **845**. Suite. Ils doivent déposer oralement. — § **846**. Suite. *Quid*, s'ils sont incapables ou reprochables? — § **847**. Suite. Procès-verbal de l'enquête. — § **848**. VIII. Obligation de la terminer dans un certain délai; possibilité de le proroger. — § **849**. IX. Nullités d'enquête. — § **850**. Suite. Dans quels cas l'enquête nulle peut être recommencée. — § **851**. Suite. Dans quels cas il y a lieu d'en prononcer la nullité. — § **852**. Suite. Du droit qu'a le tribunal d'ordonner une seconde enquête. — § **853**. X. Comment, l'enquête devant le juge-commissaire étant terminée, l'affaire est portée à l'audience; discussion des témoignages; jugement du fond. — § **854**. XI. Caractères et inconvénients de ce mode d'enquête. — § **855**. XII. L'enquête appartient au système des preuves naturelles; conséquences qui en résultent: de la preuve par commune renommée. — § **856**. XIII. De l'enquête principale ou « à futur ».

§ **819**. La preuve par témoins, à laquelle correspond la procédure d'enquête, diffère, sous deux rapports, des précédentes : 1° elle n'est reçue ni dans tous les cas comme la preuve littérale[1], ni même de droit commun comme l'aveu judiciaire[2]; elle n'est admise que par exception; 2° elle provoque toujours un incident lorsqu'elle est offerte au cours d'une instance, c'est-à-dire qu'elle n'est valablement administrée que suivant les formes particulières de l'enquête[3]. La théorie du Code civil, en cette matière, se résume dans les

§ **819**. [1] Certains faits juridiques ne peuvent être prouvés que par acte authentique — on dit alors que l'écriture est requise *ad solemnitatem actûs* (Voy. t. II, § **691**) — mais il n'y a pas de fait juridique ou matériel qui ne puisse se prouver par écrit.

[2] L'aveu judiciaire prouve ou, pour mieux dire, dispense de prouver tous les faits dont la reconnaissance n'est pas défendue par la loi, ou de nature à compromettre des droits auxquels il est défendu de renoncer (Voy. t. II, § **693**). Quant à l'aveu extrajudiciaire, je rappelle que la preuve n'en est admise que dans les cas où il est permis de faire entendre des témoins (Voy. t. II, § **720**).

[3] Comp. t. II, § **784**. Cela n'empêche pas qu'une enquête puisse être principale, c'est-à-dire faite en dehors d'une instance actuellement pendante (Voy. *infrà*, § **856**).

trois propositions suivantes. 1° La preuve par témoins n'est admise ni pour les faits juridiques dont l'intérêt dépasse 150 francs, ni pour ceux que la loi prescrit de constater par écrit quelque intérêt qu'ils représentent[4]. 2° Dès qu'un fait juridique est constaté par écrit, peu importe l'intérêt qui s'y attache, et il est défendu de prouver par témoins contre et outre le contenu à l'acte[5]. 3° Ces principes reçoivent exception : 1) s'il existe un commencement de preuve par écrit[6]; 2) si le demandeur n'a pu se procurer une preuve écrite[7]; 3) s'il s'agit d'une affaire commerciale pour laquelle le tribunal de première instance soit compétent[8]. Hors ces cas d'exception, la prohibition est absolue, et nul ne peut l'éluder en faisant comparaître ou interroger sur faits et articles des personnes qui ne pourraient être entendues dans une enquête[9]; mais, aux termes d'une jurisprudence aujourd'hui constante, ces règles n'ont aucun caractère d'ordre public, et les tribunaux ne peuvent rejeter d'office la preuve testimoniale lorsqu'une partie demande à la faire, que l'autre y donne son consentement[10]

[4] C. civ., art. 1341.

[5] *Ib.*

[6] C. civ., art. 1347.

[7] C. civ., art. 1348. J'entends ici par demandeur celui qui demande à faire la preuve par témoins, quand même il jouerait dans le procès le rôle de défendeur.

[8] C. civ., art. 1341. C. comm., art. 109. Comp. t. I, § **61**, et t. II, § **721**. Je fais cette réserve, parce qu'il ne s'agit ici que de la procédure des tribunaux de première instance; voy., sur la procédure commerciale, t. III, §§ **1015** et suiv.

[9] Civ. cass. 29 brum. an II; Amiens, 26 janv. 1822; Poitiers, 18 janv. 1831 (D. A. v° *Obligations*, n° 4612). Bordeaux, 24 janv. 1849 (D. P. 49. 2. 159). Voy. cep. Caen, 6 mars 1847 (D. A. *v° cit.*, n° 4613). Comp. t. II, §§ **787** et **794**, note 7.

[10] Bourges, 18 déc. 1826; Rennes, 25 févr. 1841 (D. A. *v° cit.*, n° 4615). Bordeaux, 16 janv. 1846 (D. P. 46. 2. 82). Req. 5 août 1847 (D. P. 47. 1. 349). Bordeaux, 6 mars 1849 (D. P. 49. 2. 238). Crim. rej. 14 févr. 1873 (D. P. 73. 1. 195). Rouen, 8 juill. 1874 (D. P. 75. 2. 87). Civ. cass. 24 août 1880 (D. P. 80. 1. 447). Req. 15 mars 1892 (D. P. 93. 1. 309; S. 94. 1. 495). Civ. cass. 1er juin 1893 (D. P. 93. 1. 445; S. 93. 1. 285). Civ. rej. 23 avr. 1894 (D. P. 94. 1. 327). *Contrà*, trib. de Luxembourg, 23 mars 1892 (S. 93. 4. 23). De même, le moyen tiré de ce que la preuve par témoins n'aurait pas dû être admise ne peut être opposé pour la première fois devant la cour de cassation, par la raison qu'en ne l'invoquant ni en première instance ni en appel on est présumé y avoir renoncé (Crim. rej. 13 juin 1861. D. P. 61. 1. 359; req. 17 mai 1870, D. P. 71. 1. 52; crim. rej. 14 févr. 1873, D. P. 73. 1. 495); civ. cass. 8 juin 1896, D. P. 97. 1. 464, S. 97. 1. 178). La cour de Caen a cependant jugé, le 30 avril 1860, qu'il qu'il n'est pas permis de convenir d'avance que la preuve par témoins sera employée hors des circonstances où la loi l'autorise (D. P. 61. 2. 56) : cette convention, qui pourrait être souscrite légèrement et même devenir de style, est, en effet, plus dangereuse que le consentement donné au milieu d'un procès et

TRAITÉ

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DE PROCÉDURE

III

existe, et, dans les cas même que l'article 1348 énumère à titre d'exemples[4], le créancier n'est pas admis à prouver par témoins une obligation dont il est démontré, en fait, qu'il eût pu obtenir la preuve écrite[5]. Je retiens seulement le premier de ces exemples — les obligations qui naissent d'un crime ou d'un délit — pour faire remarquer que la preuve par témoins n'en est pas admise, malgré les termes absolus de l'article 1348-1°, si le délit a consisté dans la dénégation, l'abus ou la suppression d'un fait ou d'un état de choses dont la preuve testimoniale est interdite. C'est ainsi : 1° que l'abus de confiance ou de blanc-seing ne se prouvera par témoins que dans la mesure où le dépôt et la remise du blanc-seing pourront eux-mêmes se prouver de cette manière, c'est-à-dire jusqu'à 150 francs ou avec un commencement de preuve par écrit[6] ; 2° que le délit de suppression d'état ne sera établi par témoins,

(D. A. *v° cit.*, n° 4877). Bourges, 19 mai 1826 (D. A. *v° cit.*, n° 4875). Toulouse, 12 févr. 1827 (D. A. *v° cit.*, n° 4937). Pau, 3 déc. 1829 (D. A. *v° cit.*, n° 4876). Bordeaux, 13 juin 1833 (D. A. v° *Compétence civile des tribunaux d'arrondissement*, n° 267). Limoges, 4 juin 1840 (D. A. v° *Obligations*, *loc. cit.*). Req. 18 mai 1841 (D. A. *v° cit.*, n° 4877). Gand, 26 mai 1852 (D. P. 52. 5. 447). Rennes, 26 févr. 1879 (D. P. 80. 2. 91). Req. 15 juin 1892 (S. 93. 1. 281). Angers, 24 févr. 1894 (S. 96. 2. 243). Orléans, 5 mai 1897 (S. 97. 2. 303).

[4] Favard de Langlade, *op. et v° cit.*, § I, n° 20. Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 150. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 344. Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, n° 321 *bis*-II. Larombière, *op. cit.*, t. VI, sur l'art. 1348, n° 2. Bonnier, *op. et loc. cit.* Req. 14 juin 1877 (D. P. 78. 1. 120). Voy., notamment sur la preuve : 1° du dépôt fait par un voyageur dans un hôtel, Bordeaux, 20 mai 1892 (S. 93. 2. 51), ou par le pensionnaire d'un hospice entre les mains du directeur ou de son représentant (Lyon, 23 juill. 1897 ; D. P. 97. 2. 343) ; 2° des quasi-contrats, req. 2 mai 1892 (D. P. 93. 1. 316 ; S. 92. 1. 314) ; 3° des délits et quasi-délits, crim. cass. 3 juin 1892 (D. P. 93. 1. 300 ; S. 92. 1. 431), Bordeaux, 22 nov. 1893 (D. P. 95. 2. 148) ; 4° de la simulation, civ. rej. 8 janv. 1889 (S. 91. 1. 156), req. 4 janv. 1897 (D. P. 97. 1. 126) ; 5° du dol et de la fraude, civ. rej. 8 janv. 1889 (S. 91. 1. 156), Grenoble, 2 févr. 1897 (D. P. 98. 2. 57), req. 5 juill. 1897 (D. P. 97. 1. 468), req. 29 nov. 1897 (D. P. 98. 1. 108). Aj., sur l'application de l'article 1348, civ. cass. 28 mai 1888 (D. P. 88. 1. 481) ; trib. de Nogent-le-Rotrou, 8 mars 1895 (D. P. 96. 2. 275) ; trib. de Lorient, 5 juin 1895 (D. P. 97. 2. 52) ; Toulouse, 18 janv. 1897 (D. P. 97. 2. 247).

[5] Favard de Langlade, *op. et loc. cit.* Demolombe, *op. et loc. cit.* Aubry et Rau, *op.*, *v° et loc. cit.* Colmet de Santerre, *op. et loc. cit.* Larombière, *op. cit.*, t. VI, sur l'art. 1348, n° 3.

[6] Merlin, *op. cit.*, v° *Blanc-seing*, n° 2 ; *Questions de droit*, v° *Suppression de titres*, § 1. Toullier, *op. cit.*, t. IX, n°s 145 et suiv. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 346 et suiv. Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. VI, n° 322 *bis*-II. Larombière, *op. cit.*, t. VI, sur l'art. 1348, n°s 23 et suiv. Crim. cass. 3 juin 1892 (S. 92 1. 431). Crim. rej. 5 avr. 1895 (D. P. 96. 1. 219). Toulouse, 16 juin 1897 (S. 98. 2. 137, voy. *ib.* la note de M. Labbé). Il en sera différemment, si la remise du blanc-seing a été obtenue à l'aide de manœuvres frauduleuses (Crim. rej. 5 janv. 1883 : D. P. 83. 1. 366). Comp. req., 20 mai 1889 (S. 92. 1. 517) ; Toulouse, 12 déc. 1895 (D. P. 97. 2. 39).

comme la filiation elle-même, que sous les conditions requises par les articles **323** et **324** du Code civil[7]. Cette règle s'applique non-seulement aux actions civiles en restitution de dépôt ou de blang-seing et en réclamation d'état, mais encore à l'action publique exercée en vertu des articles 345, **407** et **408** du Code pénal[8] quoiqu'à vrai dire elle soit plus facilement applicable devant des juges correctionnels que devant des jurés, auxquels la loi ne pose pas, suivant la formule rapportée en partie au § **728**, des règles « desquelles ils doivent « faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance « d'une preuve », et à qui elle prescrit, au contraire, « de s'in- « terroger eux-mêmes dans le silence et dans le recueillement, « et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle « impression ont faite sur leur raison les preuves rapportées « contre l'accusé et les moyens de sa défense »[9]. Aussi Bigot de Préameneu et Duveyrier se sont-ils moins trompés qu'on ne le croit généralement[10], lorsqu'ils ont dit dans les travaux préparatoires du Code civil que, si l'article **327** du Code fait exception au principe de l'indépendance de l'action publique[11] en interdisant d'intenter l'action publique contre un crime de suppression d'état avant le jugement définitif de la question d'état par la juridiction civile[12], ç'a été pour empêcher la filiation de se prouver par témoins devant la cour d'assises, juge du faux, en dehors des termes des articles **323** et **324** du Code civil[13].

[7] Demolombe, t. XXX, nos 164 et suiv. Aubry et Rau, *op. et loc. cit.* Larombière, *op. cit.*, t. VI, sur l'art. 1348, no 25.

[8] Demolombe, *op. et loc. cit.* Aubry et Rau, *op. et loc. cit.* Larombière, *op. et loc. cit.* Faustin-Hélie, *De l'instruction criminelle*, t. VI, nos 620 et suiv. Chauveau-Adolphe et Faustin-Hélie, *Théorie du Code pénal*, t. V, nos 2048 et 2084. Toulouse, 23 juin 1881 (D. P. 82. 2. 41). Lyon, 10 août 1881 (D. P. 82. 2. 65). La même règle s'applique à l'action publique intentée contre le parjure en vertu de l'article 366 du Code pénal : la preuve du faux serment ne pourra être faite par témoins que si le fait à propos duquel il a été prêté était susceptible de ce mode de preuve (Merlin, *Répertoire*, vo *Serment*, § II, art. II, no 8; crim. cass. 22 mars 1878, D. P. 78. 1. 442; crim. rej. 12 déc. 1878, D. P. 79. 1. 439). Comp. t. II, § **412**, note 14, et, sur le parjure, *infrà*, §§ **844**, **879** et **889**.

[9] C. instr. crim., art. 342.

[10] Voy., notamment, sur ce point, Demolombe, *op. cit.*, t. V. no 271.

[11] Voy., sur ce principe, t. II, § **815**.

[12] Voy., sur cet article, t. II, § **412**.

[13] Bigot de Préameneu, *Exposé de motifs du titre* De la paternité et de la filiation (Dans Locré, *op. cit.*, t. VI, p. 203). Duveyrier, *Discours au Tribunat Ib.*, t. VI, p. 308). Aj., sur les travaux préparatoires de cet article, la discussion au conseil d'État (Séance du 29 fructidor an X; *ib.*, t. VI, p. 161); comp., sur l'article 326 du Code civil, t. II, § **412**, note 1; et voy., sur cette question de preuve, Labbe, *Note* dans S. 98. 2. 137.

§ **826**. C. L'article 109 du Code de commerce dispose que les achats et les ventes se constatent, en matière commerciale, « par la preuve testimoniale dans le cas où le tribunal croira « devoir l'admettre ». Les juges consulaires ont donc un plein pouvoir d'appréciation à l'effet d'admettre ou de rejeter cette preuve au-dessus de 150 francs[1], et cette disposition, annoncée déjà par l'article 1341 du Code civil, et d'ailleurs conforme aux principes qui régissent la preuve en matière commerciale[2], a la portée la plus générale[3]. 1° Elle est indépendante du caractère de la juridiction compétente, et s'applique aussi bien aux affaires commerciales portées devant les tribunaux de première instance qu'à celles qui seraient pendantes devant les tribunaux de commerce[4]. 2° Elle a trait non-seulement aux achats et aux ventes, mais encore à toutes les opérations commerciales[5], et s'applique même aux contrats qui ne peuvent se prouver, en matière civile, que par écrit[6]. Elle soulève seulement deux difficultés d'application : 1° la preuve testimoniale est-elle admise au-dessus de 150 francs, quand l'acte n'est commercial que pour une des parties? 2° la preuve par témoins jusqu'à 150 francs est-elle de droit en matière commerciale, ou bien le juge a-t-il, comme au-dessus de cette somme, le pouvoir de l'admettre ou de la rejeter? Je réponds : sur le premier point, que la preuve testimoniale est admise contre le commerçant qui est soumis

§ **826**. [1] Voy., sur l'exercice de ce pouvoir, req. 22 juill. 1872 (D. P. 73. 1. 110); req. 9 août 1880 (D. P. 81. 1. 214); req. 5 déc. 1881 (D. P. 83. 1. 224); Bordeaux, 5 avr. 1894 (D. P. 94. 2. 476; S. 95. 2. 14).

[2] Voy. t. II, § **721**.

[3] L'article 49 du Code de commerce, aux termes duquel « les associations en « participation peuvent être constatées par la représentation des livres, de la « correspondance, ou par la preuve testimoniale si le tribunal juge qu'elle peut « être admise, » est une disposition purement énonciative.

[4] Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 103. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 326. Larombière, *op. cit.*, t. VI, sur l'art. 1341, n° 41. Bonnier, *op. cit.*, n° 148. Douai, 6 août 1851 (D. P. 53. 2. 18). Comp. t. II, §§ **437** et suiv.

[5] Favard de Langlade, *op. et v° cit.*, § I, n° 9. Toullier, *op. cit.*, t. IX, n°s 230 et suiv. Duranton, *op. cit.*, t. XIII, n°s 340 et 341. Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 99. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 324. Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, n° 315 *bis*-XXIV. Marcadé, *op. cit.*, t. V, sur l'art. 1348, n° 7. Larombière, *op. cit.*, t. VI, sur l'art. 1341, n° 36. Bonnier, *op. cit.*, n° 174. Pardessus, *op. cit.*, t. II, n°s 262 et 263. Boistel, *Précis de droit commercial*, n° 446. Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. III, n° 46 et 47. Comp. t. II, §§ **437** et suiv.

[6] Comme la transaction (Paris, 13 juin 1894; S. 95. 2. 19; voy. sur ces contrats, *suprà*, § **822**).

aux règles spéciales du droit commercial, mais non contre le non-commerçant qui ne doit pas souffrir de ce que l'acte est commercial pour son cocontractant[7]; sur le second point, que l'article 109 du Code de commerce ne distingue pas, et que, par suite, le tribunal peut refuser l'enquête quand même il s'agirait d'une somme inférieure à 150 francs[8]. Par exception, les constitutions de société, acceptations de lettres de change, ventes de navires, chartes-parties, connaissements, prêts à la grosse et contrats d'assurance ou d'hypothèque maritime doivent être rédigés par écrit[9]. Ce ne sont assurément pas des actes solennels que l'absence d'écriture doive faire réputer inexistants; mais, faute d'en représenter une preuve écrite, les parties ne pourront les établir que par l'aveu ou le serment[10].

§ **827**. II. L'interdiction de prouver par témoins contre et outre le contenu aux actes remonte au droit romain, qui posait en principe que « *contrà testimonium scriptum non scriptum testimonium non valet* »[1]. La règle contraire « Témoins « passent lettres » s'était introduite dans notre ancien droit[2], d'où l'ordonnance de Moulins l'a bannie en ces termes : « Sans recevoir aucune preuve par témoins outre le contenu au « contrat, ne sur ce qui serait allégué avoir été dit ou convenu

[7] Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 104. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 326. Larombière, *op. cit.*, t. VI, sur l'art. 1341, n° 40. Bonnier, *op. et loc. cit.* Bravard, *Traité de droit commercial*, t. II, p. 461. Req. 31 mars 1874 (D. P. 75. 1. 229). Comp., dans le même sens, sur l'application des articles 1325, 1326 et 1328 du Code civil aux actes de commerce unilatéraux, *suprà*, § **722**; et, en sens contraire, Massé, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, t. IV, n° 2543.

[8] Demangeat, sur Bravard, *op. et loc. cit.*, Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. III, n°s **79** et **80**. *Contrà*, Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 102; Boistel, *op. et loc. cit.*

[9] C. comm., art. 39, 122, 135, 273, 283, 341 et 392. L. 24 juill. 1867, art. 21. L. 10 juill. 1885, art. 2. Comp. t. II, § **691**.

[10] Et encore est-ce très contesté (Voy. Turin, 14 mai 1810, D. A. v° *Effets de commerce*, n° 311; trib. comm. de Marseille, 7 mars 1825, D. A. v° *Droit maritime*, n° 803). *Quid* des tiers qui voudraient établir par témoins l'existence de ces contrats? Voy. Dalloz et Vergé, *Code de commerce annoté* (Paris, 1877), art. 39, n°s 29 et suiv.; art. 195, n°s 10 et suiv.; art. 332, n° 305.

§ **827**. [1] Inst. Just., liv. III, tit. xix, § 12. Cod. Just., LL. 1, *De test.* (IV, xx); 14, *De contr. et comm. stip.* (VIII, xxxviii). Paul, *Sent.*, liv. V, tit. xv, § 4. Voy., sur l'interprétation de ces textes, Bonnier, *op. cit.*, n° 138.

[2] Mais non sans difficulté (Voy. Bouteiller, *op. et loc. cit.*; Beaumanoir, *op. cit.*, ch. XXXIX, n° 3, t. II, p. 90; Loisel, *op. cit.*, liv. V, tit. v, n° 5, t. II, p. 153; Bonnier, *op. et loc. cit.*).

« avant icelui, lors, ou depuis »[3]. Dès lors, on put dire que « lettres passent témoins »[4], et l'ordonnance d'avril 1667, ajoutant un mot essentiel à la précédente[5], donna à ce principe sa formule définitive, que l'article 1341 du Code civil n'a plus eu qu'à s'approprier : « Il n'est reçu aucune preuve par « témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui « serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes ». Il y en a trois motifs, dont l'un est particulier aux actes authentiques, les deux autres communs aux actes authentiques et aux actes sous seing privé. C'est, d'une part, que les actes authentiques, solennellement reçus par des personnes investies d'un caractère public, méritent plus de confiance que le témoignage de simples particuliers[6]; c'est, d'autre part, que les actes écrits perdraient beaucoup de leur utilité si l'on pouvait, à l'aide de la preuve testimoniale, en changer le sens ou en contester la sincérité; c'est enfin, qu'on peut, à bon droit, considérer les propos échangés lors de la passation d'un acte comme de simples pourparlers, auxquels il n'a pas été donné suite[7]. Qu'on se garde, au surplus, d'exagérer la portée de cette règle, car, s'il est défendu de prouver par témoins que les parties n'ont pas fait d'écrit[8], ou que l'acte passé entre elles ne rapporte pas fidèlement leurs conventions[9], rien n'empêche de prouver ainsi des événements postérieurs, tels que des conventions nouvelles[10], l'extinction des droits qui

[3] Art. 54 (Isambert, *op. et loc. cit.*).

[4] De Laurière, sur Loisel, *op. et loc. cit.*

[5] Tit. XX, art. 2.

[6] Voy., sur la foi due à l'acte authentique, t. II, § 705.

[7] Voy., sur ces divers points, Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 320. Aussi la règle, telle qu'elle va être précisée, est-elle absolue et applicable au cas même où les actes outre ou contre lesquels on voudrait prouver par témoins sont invoqués comme commencement de preuve par écrit (Civ. cass. 13 juin 1883; D. P. 84. 1. 38).

[8] Civ. cass. 19 août 1823 (D. A. v° *Trésor public*, n° 1125). Civ. rej. 23 juin 1851 (D. P. 51. 2. 269). Req. 31 mai 1875 (D. P. 76. 1. 496).

[9] Crim. rej. 31 oct. 1811 (D. A. v° *Vol*, n° 838). Civ. cass. 2 nov. 1812 (D. A. v° *Obligations*, n° 4722). Toulouse, 20 juill. 1820 (D. A. *v° cit.*, n° 3665). Civ. cass. 6 août 1828 (D. A. *v° cit.*, n° 4737). C. sup. just. de Luxembourg, 14 août 1890 (S. 91. 4. 32).

[10] Duranton, *op. cit.*, t. XIII, n° 334. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 312. Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, n° 315 *bis*-XX. Marcadé, *op. cit.*, t. V, sur l'art. 1341, n°s 5 et 6. Bonnier, *op. cit.*, n° 144. Req. 20 août 1877 (D. P. 78. 1. 299). *Contrà*, Merlin, *op. cit.*, v° *Preuve*, sect. II, § III, art. I, n° 20; Favard de Langlade, *op. cit.*, v° *Preuve*, § I, n° 7; Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 87; Larombière, *op. cit.*, t. VI, sur l'art. 1341, n° 29; civ. cass. 13 juin 1827 (D. A.

résultent de l'acte[11], les erreurs matérielles qui s'y trouvent[12], les faits de nature à expliquer ses clauses obscures ou ambiguës[13], le moment précis où il a été passé[14], la nullité de sa cause[15], le dol, la fraude ou la simulation qui l'infectent[16]. De plus, la seconde disposition de l'article 1341 souffre les

v° *Contrat judiciaire*, n° 17); Bordeaux, 15 nov. 1827 (D. A. v° *Arbitrage*, n° 531); req. 7 mars 1834 (D. A. v° *Vente*, n° 1485); Caen, 29 janv. 1845 (D. P. 45. 4. 422).

[11] Pothier, *op. cit.*, n° 799. Duranton, *op. et loc. cit.* Demolombe, *op. et loc. cit.* Aubry et Rau, *op. et loc. cit.* Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, n° 315 *bis*-XIX. Marcadé, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. et loc. cit.*

[12] Civ. rej. 23 avr. 1860 (D. P. 60. 1. 228). Req. 19 janv. 1870 (D. P. 70. 1. 302). Civ. cass. 5 févr. 1894 (S. 94. 1. 277).

[13] Aubry et Rau, *op. et loc. cit.* Larombière, *op. cit.*, t. VI, sur l'art. 1341, n°s 33 et 34. Civ. cass. 23 janv. 1837 (D. A. v° *Prescription civile*, n° 882). Civ. rej. 31 janv. 1837 (D. A. v° *Vente*, n° 651). Req. 18 juill. 1865 (D. P. 66. 1. 31). Req. 6 févr. 1872 (D. P. 72. 1. 253). Req. 26 févr. 1872 (D. P. 72. 1. 269). Req. 13 mars 1872 (D. P. 72. 1. 254). Rennes, 5 déc. 1879 (D. P. 81. 2. 218). Req. 2 mars 1881 (D. P. 81. 1. 410).

[14] Merlin, *op. et v° cit.*, sect. II, § III, art. I, n° 19. Favard de Langlade, *op., v° et loc. cit.* Toullier, *op. cit.*, t. XIII, n°s 224 et suiv. Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 292. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 323. Civ. rej. 18 août 1840 (D. A. v° *Contrat de mariage*, n° 312). Civ. rej. 14 juill. 1845 (D. P. 45. 1. 336). *Contrà*, Bourges, 14 août 1845 (D. P. 46. 2. 225). Cette règle présente un intérêt particulier en procédure, car elle permet d'établir par témoins la date respective de deux significations (Req. 6 août 1811, D. A. v° *Péremption*, n° 153; Bruxelles, 23 mars 1831, D. A. v° *Vente*, n° 290) : c'est ainsi qu'on déterminera laquelle des deux parties a été la plus diligente. Comp. t. II, §§ **671** et suiv.), et si l'acte fait en vue de couvrir la péremption d'instance a été signifié avant qu'elle fût opposée (Voy. le tome VII). On remarquera seulement que la date des actes sous seing privé ne peut être prouvée par témoins contre les tiers, puisqu'elle ne peut devenir certaine, aux termes de l'article 1328 du Code civil, que par l'enregistrement ou par les autres faits énoncés dans cet article (Rouen, 22 juin 1872, D. P. 74. 2. 38; aj., sur l'article 1328 du Code civil, t. II, § **710**). Les solutions qui précèdent étant admises, on dira, à plus forte raison, qu'il n'y a rien dans l'article 1341 du Code civil qui empêche de recueillir des témoignages au sujet de faits constatés dans un acte authentique (Crim. rej. 21 nov. 1889; D. P. 90. 1. 406).

[15] Arg. C. civ., art. 1353 (Voy. la note suivante).

[16] L'article 1353 du Code civil, qui n'autorise le juge à se décider d'après ses propres présomptions que « dans le cas où la loi admet les preuves testimoniales, « à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol. » est généralement entendu en ce sens que les parties peuvent établir l'une contre l'autre, par témoins ou par présomptions de l'homme, les faits de dol, de fraude ou de simulation qui vicient l'acte passé entre elles, et dont elles n'ont pu moralement se procurer une preuve écrite (Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n°s 185 et 242; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 351 et 358; Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, n° 330; Larombière, *op. cit.*, t. V, sur l'art. 1353, n°s 3 et suiv.; Bonnier, *op. cit.*, n° 815; Dalloz et Vergé, *Code civil annoté*, art. 1348, n°s 156 et suiv.; req. 31 juill. 1872, D. P. 73. 1. 340; req. 27 juill. 1874, D. P. 76. 1. 104; Paris, 1er mars 1875, D. P. 76. 2. 235; civ. rej. 28 août 1877, D. P. 78. 1. 464; req. 14 juin 1880, D. P. 81. 1. 317; civ. rej. 8 janv. 1889, D. P. 89. 1. 359, S. 91. 1. 156; comp. *suprà*, § **825**, note 4. La défense de prouver par témoins contre et outre le contenu aux actes ne fait donc pas obstacle à l'admission de cette preuve (Voy., sur l'impossibilité de se procurer une preuve écrite, *suprà*, § **825**).

mêmes exceptions que la première, et la preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes est reçue, conformément aux articles **1347** et **1348** du Code civil et **109** du Code de commerce : 1° avec le secours d'un commencement de preuve par écrit[17]; 2° quand la partie qui demande l'enquête n'a pu se procurer une preuve écrite[18]; 3° en matière commerciale. C'était jadis un usage constant parmi les négociants[19], et l'article **41** du Code de commerce le confirme par l'exception qu'il y apporte, en disposant qu'aucune preuve par témoins ne sera reçue contre et outre le contenu aux actes de société commerciale[20].

§ **828.** III. Le droit de fournir la preuve testimoniale n'est pas le droit de faire appel à tous les témoignages. On en peut produire un nombre illimité[1], et l'article **281**, qui n'admet en taxe que les frais de l'audition de cinq témoins sur chaque fait[2], n'empêche pas les parties d'en faire entendre un plus grand nombre à leurs frais[3]; mais on ne peut produire que des témoins capables de déposer en justice et exempts de tout reproche[4].

[17] Voy., notamment, Lyon, 28 août 1818 (D. A. v° *Obligations*, n° 4763); req. 22 mai 1827 (D. A. v° *Commune*, n° 2374); Bourges, 27 avr. 1833 (D. A. v° *Obligations, loc. cit.*); req. 15 déc. 1836 (D. A. v° *cit.*, n° 4809); req. 10 août 1840 (D. A. v° *cit.*, n° 4796); civ. rej. 23 juill. 1851 (D. P. 51. 1. 269); req. 14 juill. 1856 (D. P. 56. 1. 465).

[18] Aussi la prohibition de prouver par témoins contre et outre le contenu aux actes ne s'applique-t-elle pas aux tiers (Bruxelles, 18 janv. 1810, Grenoble, 18 déc. 1811, Rennes, 11 déc. 1817, req. 24 mars 1829, D. A. v° *cit.*, n° 4738; Bourges, 29 juill. 1896, S. 97. 2. 108).

[19] Merlin, *Questions de droit*, v° *Dernier ressort*, § XVIII, n° 1.

[20] Toullier, *op. cit.*, t. IX, n° 232. Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 100. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 325. Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, n° 315 *bis*-XXV. Marcadé, *op. cit.*, t. V, sur l'art. 1348, n° 17. Larombière, *op. cit.*, t. VI, sur l'art. 1341, n° 31. Bonnier, *op. cit.*, n° 145. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 29. Demangeat, sur Bravard, *op. cit.*, t. II, p. 462, note 1. Boistel, *op. et loc. cit.* Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. III, n° 78. Dalloz et Vergé, *Code de commerce annoté*, art. 109, n°s 376 et suiv. Req. 21 déc. 1875 (D. P. 78. 1. 80). Req. 8 mars 1880 (D. P. 81. 1. 261). Bordeaux, 5 avr. 1894 (D. P. 94. 2. 476, S. 95. 2. 14).

§ **828.** [1] Pau, 10 avr. 1878 (D. P. 79. 2. 91).

[2] Voy., sur ces frais, *infrà*, § **833**.

[3] Il est même inapplicable au cas où les faits sont complexes, ou modifiés par des circonstances qui se sont produites depuis que la preuve en a été ordonnée (Bruxelles, 30 avr. 1834, Bordeaux, 24 juill. 1835; D. A. v° *Enquête*, n° 252).

[4] On verra aux §§ **846** et **853** quand et comment les reproches et les incapacités se proposent, à qui il appartient de les juger, quelle conduite le

§ **829**. A. L'incapacité, qui est, bien entendu, l'exception[1], est l'inaptitude d'une personne à déposer en justice, soit dans un procès quelconque, soit dans une affaire déterminée : dans le premier cas, l'incapacité est absolue; dans le second, elle est relative. L'incapacité absolue est une sorte d'indignité, qui n'existe que pour les individus dégradés civiquement[2], ou privés du droit de déposer en justice par suite de condamnations correctionnelles[3]. Les femmes, les mineurs et les étrangers ne sont donc pas incapables[4]; et, quant aux ndividus âgés de moins de quinze ans révolus, on verra aux §§ **846** et **853** comment le juge-commissaire doit procéder à leur égard, et quel compte le tribunal doit tenir de leurs déclarations. L'incapacité relative est celle des parents,

juge-commissaire doit tenir envers les témoins incapables ou reprochés, et quel égard le tribunal peut avoir à la disposition de ces derniers (Voy., sur cette matière, outre les autorités citées aux §§ suivants, Legentil, *Exclusions et reproches*, dans la *Revue pratique de droit français*, t. IX, 1860, p. 337 et suiv.).

§ **829**. [1] J'ai déjà posé cette règle à propos de la capacité d'agir en justice (Voy. t. I, § **315**).

[2] « Les condamnations à des peines afflictives perpétuelles emportent la dé« gradation civique » (L. 31 mars 1854, art. 2). « La condamnation à la peine « des travaux forcés à temps, de la détention, de la réclusion ou du bannisse« ment emportera la dégradation civique. La dégradation civique sera en« courue du jour où la condamnation sera devenue irrévocable, et, en cas de « condamnation par contumace, du jour de l'exécution par effigie » (C. pén., art. 28). « La dégradation civique consiste ... 3° dans l'incapacité... de déposer « en justice autrement que pour y donner de simples renseignements » (Voy., sur ces derniers mots, *infrà*, § **846**). C'est par erreur que l'article 283 déclare seulement reprochables les témoins frappés de dégradation civique (Voy. *infrà*, § **832**, note 11; aj., sur cette incapacité, crim. cass. 13 déc. 1889, D. A. v° *Témoins*, supp., n° 34).

[3] « Les tribunaux jugeant correctionnellement pourront, dans certains cas, « interdire en tout ou en partie l'exercice des droits civiques, civils et de fa« mille suivants... 8° de témoignage en justice autrement que pour y faire de « simples déclarations » (C. pén., art. 42-8°; voy., sur ces derniers mots, *infrà*, § **846**). « Les tribunaux ne prononceront l'interdiction mentionnée dans l'ar« ticle précédent que lorsqu'elle aura été autorisée ou ordonnée par une dispo« sition particulière de la loi » (C. pén., art. 43).

[4] La capacité de ces personnes résulte, *à contrario*, de ce qu'aucun texte ne les déclare incapables, et, plus particulièrement pour le mineur, de l'article 285 qui ne frappe d'incapacité — et encore n'est-ce pas complètement (Voy. *infrà*, § **846**) — que le mineur de quinze ans. Voy., pour l'étranger, Colmar, 15 germ. an XIII (D. A. v° *Commune*, n° 2780); civ. rej. 2 févr. 1841 (D. A. v° *Enquête*, n° 568). On remarquera qu'il n'y a aucun rapport entre la capacité de témoigner en justice et celle d'être témoin dans les actes publics, laquelle est refusée aux femmes, aux mineurs et aux étrangers (C. civ., art. 37; L. 25 vent. an XI, art. 9); et cette différence ne surprendra pas, si l'on réfléchit qu'en multipliant les incapacités de témoigner en justice, on s'exposerait à rendre impossible la preuve de faits qu'il importe d'établir.

du conjoint même séparé de corps ou divorcé, et des alliés : et, comme la loi redoute également leur fausse déposition, qu'elle soit inspirée par l'affection ou par la haine, ils ne peuvent être entendus ni à la requête de leur parent, conjoint ou allié, ni à la demande de la partie adverse. Cette incapacité n'existe, d'ailleurs, que pour les parents et alliés en ligne directe[5], et l'on verra au tome VII l'exception qu'elle comporte dans les instances en divorce et en séparation de corps[6].

830. B. On appelle reproche l'allégation précise et circonstanciée[1] d'un fait de nature à rendre suspecte la déposition d'un témoin[2].

§ **831**. *a*. Cette allégation est péremptoire, en ce sens qu'on ne peut renoncer d'avance au droit de la formuler[1], et que le tribunal est tenu de l'accueillir par cela seul qu'elle est justifiée[2]; mais on ne peut reprocher ses propres témoins si

[5] Art. 268. Cela doit s'entendre même de la parenté adoptive, et de la parenté naturelle quand cette dernière est légalement établie (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 273 ; Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 1056; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 498 ; Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 396).

[6] Elle ne doit pas être étendue aux autres questions d'état (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 274; Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 1058 ; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Rodière, *op. et loc. cit.*).

§ **830**. [1] Rennes, 4 juill. 1814 (D. A. *v° cit.*, n° 475). Bruxelles, 22 janv. 1834 ; Paris, 7 août 1841 (D. A. *v° cit.*, n° 550).

[2] Art. 270.

§ **831**. [1] Il a été jugé, en ce sens, que la clause d'une police d'assurance contre l'incendie, qui porte qu'en cas de sinistre l'assuré prouvera par tous les moyens en son pouvoir l'existence et la nature des objets assurés et perdus, n'empêche pas l'assureur de reprocher les témoins produits par l'assuré (Req. 5 mai 1857; D. P. 57. 1. 304).

[2] Le tribunal apprécie souverainement si le reproche formulé contre un témoin est justifié (Req. 6 mai 1896, D. P. 96. 1. 493, S. 97. 1. 120; req. 28 oct. 1896, D. P. 97. 1. 45), mais c'est une question très controversée que de savoir si un reproche écrit dans la loi et justifié en fait peut être écarté par le juge. On fait valoir, pour l'affirmative, la différence de rédaction qui existe entre l'article 268 relatif aux incapacités, et l'article 283 relatif aux reproches : « nul ne pourra « être assigné comme témoin » dit l'article 268 ; « pourront être reprochés » dit l'article 283. Cet argument n'est pas probant, car l'article 268 veut dire que les témoins incapables doivent, au besoin, être écartés d'office, au lieu qu'il est certain que les causes de reproche n'opèrent que si la partie intéressée les fait valoir (*Infrà*, § **846**). Voy., en ce sens, Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1102 ; Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 397 et suiv.; Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 401 ; Bruxelles, 7 juill. 1819 (D. A. *v° cit.*, n° 201) ; Rennes, 6 janv. 1830, Riom, 20 févr. 1830, Nîmes, 10 janv. 1832, Bourges, 15 févr. 1832, Nancy, 30 juin 1837

l'on connaissait déjà les causes de suspicion qui existent contre eux[2], et on ne peut élever contre ceux de son adversaire d'autres reproches que ceux qu'énumère la disposition limitative de l'article 283[4]. Toutefois, la jurisprudence est très incertaine sur ce dernier point[5], et il arrive souvent que, par analogie avec quelqu'un des cas prévus par l'article 283, ou par argument de l'article 378 sur la récusation des juges[6], des témoins sont reprochés pour des causes qui ne sont pas écrites dans la loi[7]. Cette pratique est irrégu-

D. A. *v° cit.*, n° 558) : Montpellier, 13 mars 1839 (D. A. *v° cit.*, n° 517) ; civ. cass. 25 juin 1839 (D. A. *v° cit.*, n° 613) ; Caen, 22 août 1839, Montpellier, 4 avr. 1840, civ. cass. 13 avr. 1840, Rennes, 30 juill. 1840, Nancy, 17 févr. 1844 (D. A. *v° cit.*, n° 558) ; Douai, 1er févr. 1847 (D. P. 47. 4. 460) ; civ. rej. 12 avr. 1848 (D. P. 48. 1. 11) ; Riom, 29 janv. 1855, Nancy, 29 nov. 1855, Agen, 3 déc. 1855 (D. P. 56. 2. 257) ; Montpellier, 19 févr. 1856 (D. P. 56. 2. 237) ; Dijon, 21 juill. 1858 (D. P. 58. 2. 168) ; Nancy, 21 févr. 1874 (D. P. 75. 2. 186) ; req. 28 oct. 1896 (D. P. 97. 1. 45). Voy., en sens contraire, Carré, *op. et loc. cit.* ; Rennes, 1er août 1816 (D. A. *v° cit.*, n° 494) ; Bruxelles, 11 févr. 1820 (D. A. *v° cit.*, n° 559) ; Bruxelles, 11 avr. 1822 (D. A. *v° cit.*, n° 632) ; Douai, 23 févr. 1828 (D. A. *v° cit.*, n° 559) ; Aix, 11 juin 1830 (D. A. *v° cit.*, n° 477) ; Metz, 22 juin 1833, Toulouse, 7 janv. 1835, Limoges, 27 juin 1839, Colmar, 22 juin 1840, req. 2 janv. 1843 (D. A. *v° cit.*, n° 559) ; Riom, 30 mai 1844 (D. P. 45. 4. 500) ; Colmar, 4 mars 1845 (D. P. 47. 4. 459) ; Nîmes, 20 août 1877 (D. P. 81. 2. 100) ; Aix, 25 févr. 1878 (D. P. 79. 5. 404) ; Besançon, 28 déc. 1880 (D. P. 81. 2. 101).

[3] En produisant un témoin qu'on savait reprochable, on a renoncé par-là au droit de le reprocher Bioche, *op. et v° cit.*, n° 323 ; Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 1061 ; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* ; Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 376 ; Orléans, 29 févr. 1840, D. A. *v° cit.*, n° 411 ; Toulouse, 9 déc. 1863, D. P. 64. 2. 83).

[4] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 378. Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 403 et suiv. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 501. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 401. *Contrà*. Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1101 ; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*

[5] Quelques arrêts posent en principe que l'énumération de l'article 283 n'est pas limitative. Voy., notamment, civ. rej. 3 juill. 1820 (D. A. *v° cit.*, n° 519) ; Poitiers, 12 déc. 1837 (D. A. *v° cit.*, n° 538) ; Limoges, 8 mars 1838 (D. A. *v° cit.*, n° 456) ; Douai, 1er févr. 1847 (D. P. 47. 4. 458) ; Bastia, 22 janv. 1850 (D. P. 50. 2. 67) ; Bordeaux, 10 janv. 1856 (D. P. 57. 5. 319) ; Orléans, 12 avr. 1856 (D. P. 56. 2. 268) ; req. 4 mai 1863 (D. P. 64. 1. 28) ; Besançon, 21 avr. 1866 (D. P. 66. 2. 72) ; req. 17 juin 1873 (D. P. 74. 1. 167) ; req. 8 mai 1883 (D. P. 83. 1. 393) ; civ. rej. 6 janv. 1897 (D. P. 97. 1. 191 ; S. 98. 1. 81, voy. *ib.* la note de M. Tissier) ; req. 17 mai 1897 (D. P. 97. 1. 382 ; S. 97. 1. 335).

[6] Voy. t. II, §§ 754 et suiv.

[7] C'est ainsi qu'on a déclaré reprochables : 1° le témoin qui a dans la cause un intérêt pécuniaire actuel ou même éventuel, comme l'associé, le créancier ou le débiteur d'une partie, les conseillers municipaux et les simples habitants de la commune en procès ; 2° celui qui a dans la cause un intérêt moral ou d'affection ; 3° le mandataire de la partie. Voy., sur ces divers points, les arrêts rapportés par Dalloz et Vergé, *Code de procédure annoté*, art. 283, n°s 199 et suiv. ; req. 23 janv. 1877 (D. P. 78. 1. 70) ; Bourges, 30 déc. 1877 (D. P. 79. 2. 104) ; req. 8 mai 1883 (D. P. 83. 1. 393 ; civ. cass. 1er juill. 1890 (S. 92. 1. 15) ; req. 6 mai 1896 (D. P. 96. 1. 493 ; S. 97. 1. 120). On admet, d'ailleurs, dans ce système, qu'il appartient au juge du fait d'admettre ou de rejeter, suivant les circonstances, les reproches qui ne rentrent pas dans le texte de l'article 283

lière, à mon sens : 1° parce que les incapacités sont de droit étroit; 2° parce qu'une énumération minutieuse, comme celle de l'article 283, n'a de sens qu'autant qu'elle est limitative; 3° parce qu'on ne peut conclure de la récusation d'un juge qui peut être remplacé, à celle d'un témoin peut-être unique et qu'on ne peut refuser d'entendre sans interdire absolument la preuve testimoniale[8]. Le seul argument que comporte l'interprétation de l'article 283, c'est l'argument *à fortiori* qu'il serait absurde d'écarter, et les seules causes de reproche qu'on puisse ajouter à l'énumération de cet article, sont celles qui s'imposent à ce point que le législateur se sera cru dispensé de les indiquer[9]. Quand on peut reprocher les parents d'une partie, de peur qu'ils n'altèrent la vérité dans son intérêt, en sera-t-il autrement de la partie elle-même et des autres personnes intéressées au procès, qui se trouveraient placées entre le devoir d'être sincères et la crainte de nuire à leurs propres intérêts[10]?

§ **832**. *b*. L'article 283 énumère sept causes de reproche motivées : les quatre premières, par les relations qui existent entre la partie et le témoin et qui font douter de la sincérité de ce dernier; les deux autres, par son indignité qui le fait présumer capable de trahir la vérité[1]. 1° Sont reprochables,

(Req. 8 juill. 1819, D. A. v° *Action possessoire*, n° 528; Bourges, 20 juill. 1829, D. A. v° *Enquête*, n° 526; req. 12 déc. 1831, D. A. v° *cit.*, n° 477; req. 2 févr. 1842, D. A. v° *cit.*, n° 505; req. 2 juill. 1866, D. P. 66. 1. 430; req. 10 mars 1868, D. P. 68. 1. 427; req. 29 juill. 1873, D. P. 74. 1. 263; req. 16 juin 1874, D. P. 75. 1. 177; Nancy, 20 juill. 1877, D. P. 78. 2. 175; civ. cass. 1er juill. 1890, S. 92. 1. 15).

[8] Comp. une observation analogue *suprà*, § **829**, note 4; et voy., en ce sens, Paris, 24 mai 1811 (D. A. v° *cit.*, n° 493); Rennes, 30 juill. et 24 janv. 1821 (D. A. v° *cit.*, n° 560); Metz, 8 mars 1821 (D. A. v° *cit.*, n° 489); civ. cass. 25 juill. 1826, Limoges, 6 mai 1835 (D. A. v° *cit.*, n° 480); Nancy, 5 déc. 1855 (D. P. 56. 2. 163); Paris, 4 nov. 1866 (D. P. 66. 5. 459); Nancy, 21 févr. 1874 (D. P. 75. 2. 186).

[9] Bonnier, *op. cit.*, n° 277.

[10] Bruxelles, 27 janv. 1835; Rennes, 11 janv. 1840 (D. A. v° *cit.*, n° 532). Req. 2 juill. 1866 (D. P. 66. 1. 430). Req. 16 juin 1874 (D. P. 75. 1. 177). Req. 31 juill. 1876 (D. P. 77. 1. 24). Req. 21 juill. 1880 (D. P. 81. 1. 201). Trib. du Vigan, 20 mai 1892 (D. P. 93. 2. 37). Req. 6 mai 1896 (D. P. 96. 1. 493; S. 97. 1. 120). Il va de soi que les déclarations des témoins désintéressés ne perdent rien de leur autorité, parce qu'elles reproduisent les assertions de l'une ou de l'autre partie (Crim. rej. 5 janv. 1883; D. P. 83. 1. 366).

§ **832**. [1] Ces deux dernières causes de reproche seraient donc mieux placées parmi les causes d'incapacité, mais la loi n'en a pas jugé ainsi, et, par conséquent, le tribunal n'aura pas le droit de les appliquer d'office. Comp. *suprà*, § **829**; et, sur la différence qui existe entre les incapacités et les reproches des témoins, le § précédent, note 2, et *infrà*, § **846**.

excepté en matière de divorce et de séparation de corps[2] : les parents ou alliés collatéraux[3] de l'une ou de l'autre des parties[4], jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement[5]; les parents ou alliés du conjoint d'une partie, soit en ligne directe, soit en ligne collatérale jusqu'au même degré, si le conjoint est vivant ou que la partie ou le témoin en aient des enfants vivants[6]; les parents et alliés en ligne directe, les frères, beaux-frères, sœurs et belles-sœurs du même conjoint, s'il est décédé et n'a pas laissé de descendants[7]. Il en est de

[2] Voy., sur ces deux cas, le tome VII de ce Traité. Il a été jugé (Montpellier, 6 mai 1826, Riom, 21 déc. 1829; D. A. v° *Enquête*, n° 459) que la même règle s'applique à toutes les questions d'état (Voy., en sens contraire, *suprà*, § **829**, note 6).

[3] Les parents ou alliés en ligne directe ne sont pas reprochables mais incapables (Voy., sur l'intérêt de cette distinction, le § précédent, note 2, et *infrà*, § **846**).

[4] Comme en matière d'incapacité, et par la même raison (Voy. *suprà*, § **829**). On peut donc reprocher son propre parent (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 342; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1107 *bis;* Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 356; Rennes, 22 avr. 1825, D. A. *v° cit.*, n° 464; Rennes, 6 janv. 1830, D. A. *v° cit.*, n° 558; Riom, 8 févr. 1830, D. A. *v° cit.*, n° 464; Paris, 22 févr. 1862, D. P. 62. 5. 317; voy. cep. Grenoble, 4 févr. 1832, D. A. *v° et loc. cit.*). *Quid* du témoin parent ou allié des deux parties? Voy. Liège, 14 févr. 1820, Bruxelles, 31 janv. 1829, Grenoble, 16 févr. 1829 (D. A. *v° cit.*, n° 463); Angers, 12 déc. 1882 (D. A. *v° cit.*, supp., n° 180). *Quid* du témoin parent ou allié d'une personne appelée en garantie dans l'instance depuis le jugement qui a prescrit l'enquête? Voy., Metz, 22 avr. 1858 (D. A. *v° cit.*, supp., n° 102).

[5] La cour de Metz a jugé, le 7 janvier 1857, que le cousin-germain de la grand' mère d'une partie est reprochable comme parent au sixième degré, de même que le cousin issu de germain (D. P. 59. 5. 369), mais doit-on appliquer ici le principe « *Affinitas affinitatem non parit* » (Voy. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 340; Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1105; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 359; comp. t. II, § **755**), et celui que l'alliance ne survit pas au conjoint qui l'a formée lorsqu'il est décédé sans laisser d'enfants de son mariage (Voy. C. civ., art. 206-2°; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1105; Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 357; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 499; c. cass. de Belgique, 5 nov. 1896, D. P. 98. 2. 150; comp., sur ce principe, t. II, § **755**, et, sur l'application que l'article 283 lui-même en fait dans une autre hypothèse, *infrà*, même §)? L'article 283 s'applique aux parents adoptifs et naturels, dans la mesure où la parenté résulte de l'adoption et de la filiation naturelle, c'est-à-dire en ligne directe entre l'adoptant et l'adopté, l'enfant naturel et ses père et mère, et en ligne collatérale jusqu'au degré de frère et sœur et descendants d'eux (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 330 et 331; Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1106; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 357; Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 402). Cela s'étend même aux enfants adultérins ou incestueux, quand leur filiation est établie légalement (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 332). Voy., encore sur cette partie de l'article 283, trib. de Carcassonne, 15 déc. 1893 (D. P. 94. 2. 544).

[6] Voy., sur cette hypothèse, req. 2 févr. 1842 (D. A. *v° cit.*, n° 515).

[7] C'est la seconde application que fait le Code de procédure (Voy. la première dans l'article 378-2°; t. II, § **755**) du principe que l'alliance ne survit pas au décès du conjoint qui l'a formée, lorsqu'il est décédé sans enfants issus de son

même : 2° du témoin qui, sans être parent de la partie au degré ci-dessus, est son héritier présomptif[8], et de celui qu'elle a institué donataire universel ou à titre universel[9]; 3° des personnes qui ont donné spontanément[10] un certificat[11]

mariage (C. civ., art. 206-2°). Cette partie de l'article 283 a fait naître quelques difficultés d'application dans le cas particulier d'un créancier qui agit au nom de son débiteur, d'un syndic qui représente une masse de créanciers, d'un procès où figure une commune, ou de témoins qui seraient parents ou alliés entre eux. 1° Le débiteur représenté par son créancier est partie au procès (Voy. t. I, § **312**, et t. III, § **1128**), et, par conséquent, ses parents et alliés sont reprochables (Toulouse, 13 févr. 1864; D. P. 65. 2. 63). 2° La cour de Bruxelles a jugé, le 12 février 1842, que les parents et alliés du failli sont reprochables dans les procès intentés par le syndic (D. A. *v° cit.*, n° 471), mais la question de savoir s'il en est de même des parents et alliés des créanciers a été résolue diversement (Voy., pour l'affirmative, Bruxelles, 16 juill. 1830, D. A. *v° et loc. cit.*; pour la négative, Poitiers, 30 déc. 1828, D. A. *v° et loc. cit.*). 3° En principe, les parents et alliés des habitants d'une commune ne sont pas reprochables, attendu que cette commune, personne civile, est seule partie au procès (Civ. cass. 30 mai 1825, Poitiers, 16 nov. 1826, Bourges, 14 avr. 1829, D. A. *v° cit.*, n° 467; Montpellier, 12 mai 1829, D. A. *v° cit.*, n° 390; Bourges, 10 janv. 1831, D. A. *v° cit.*, n° 480; Bordeaux, 29 mai 1834, D. A. *v° cit.*, n° 467; Douai, 18 déc. 1846, D. P. 47. 4. 463; Poitiers, 3 juin 1847, D. P. 47. 2. 122; *contrà*, Bourges, 7 déc. 1824 et 14 nov. 1825, D. A. *v° cit.*, n° 467, Limoges, 8 mars 1838, D. A. *v° cit.*, n° 456, Toulouse, 4 juin 1828, D. A. *v° cit.*, n° 527); il en est autrement si les habitants de la commune plaident *ut singuli*, à moins qu'ils ne soient assez nombreux pour qu'on doive les considérer comme un corps commun, auquel cas leurs parents ou alliés ne pourraient pas être reprochés (Riom, 19 mai 1829, D. A. *v° cit.*, n° 470; aj., sur les procès des communes et sur le cas où leurs habitants agissent *ut singuli*, t. I, § **313**). 4° La parenté et l'alliance des témoins entre eux ne sont pas des causes de reproche (Bruxelles, 9 mars 1806, D. A. *v° cit.*, n° 463; Montpellier, 13 mars 1839, D. A. *v° cit.*, n° 517; req. 19 déc. 1866, D. P. 67. 1. 440).

[8] S'il est parent de la partie au degré déterminé par l'article 283, il est reprochable en vertu de la première disposition de cet article.

[9] L'article 283 ne parle seulement que du donataire. S'agit-il seulement du donataire qui ressemble à l'héritier présomptif, c'est-à-dire du donataire de la totalité ou d'une quote-part des biens présents et à venir, des biens présents ou des biens à venir, qui est intéressé, comme l'héritier présomptif, à conserver la fortune du donateur intacte, et à donner, au besoin, un faux témoignage en sa faveur? S'agit-il, au contraire, du donataire à titre particulier lui-même, qu'on peut supposer lié envers le donataire par le devoir de reconnaissance? Voy. Bonnier, *Éléments de procédure civile*, n° 621.

[10] Ce reproche ne s'applique pas aux fonctionnaires et aux personnes investies d'un mandat public, qui n'avaient pas le droit de refuser le témoignage qu'ils ont fourni (Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 1110; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*). Cette partie de l'article offre, en ce qui concerne les magistrats, notaires, avoués, huissiers, avocats et experts, et les témoins qui ont déposé dans une précédente enquête, des difficultés d'application qu'il serait trop long d'exposer ici. Voy. les nombreux arrêts rapportés par Dalloz et Vergé, *op. cit.*, art. 283, n°s 50 et suiv.; Chambéry, 5 mai 1876 (D. P. 79. 5. 403); req. 23 janv. 1877 (D. P. 78. 1. 70); trib. de Cusset, 20 déc. 1888 (D. P. 92. 1. 451); Chambéry, 1er févr. 1892 (D. P. 93. 2. 357); Grenoble, 10 mai 1892 (D. P. 94. 2. 62); Riom, 28 mars 1895 (D. P. 96. 2. 177; voy. *ib.* la note de M. César-Bru); req. 6 mai 1896 (D. P. 96. 1. 493, S. 97. 1. 120).

[11] La présence des témoins instrumentaires dans un acte public n'équivaut pas à un certificat donné sur le procès : ce n'est donc pas une cause de reproche

écrit[12] sur des faits compris ou non dans l'enquête[13], mais relatifs au procès[14]; 4° du témoin qui a bu ou mangé avec la partie, et à ses frais, depuis le prononcé du jugement qui a ordonné l'enquête[15]; 5° des serviteurs et domestiques de la partie[16], les procès de divorce et de séparation de corps

(Bioche, *op. et v° cit.*, n° 353; Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1114 *bis;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 366; Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 402; civ. cass. 23 nov. 1812, D. A. *v° cit.*, n° 485; Bruxelles, 11 févr. 1820, D. A. *v° cit.*, n° 559; la Haye, 20 mars 1829, D. A. *v° cit.*, n° 405; Nancy, 24 juill. 1833, D. A. *v° cit.*, n° 491; Colmar, 5 août 1837, D. A. *v° cit.*, n° 492; req. 2 févr. 1842, D. A. *v° cit.*, n° 515; Toulouse, 2 juin 1842, D. A. *v° cit.*, n° 492; Bastia, 22 juill. 1857, D. P. 58. 2. 71). Les témoins instrumentaires peuvent-ils être entendus dans l'enquête à laquelle donne lieu l'inscription de faux dirigée contre l'acte auquel ils ont participé? Voy. t. II, § **810**, note 4.

[12] Il faut qu'il soit écrit, car une attestation verbale n'a jamais passé pour un certificat (Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 403), mais sa forme importe peu (Civ. rej. 6 janv. 1897; D. P. 97. 1. 191; S. 98. 1. 81, voy. *ib.*, la note de M. Tissier) : il peut être sous seing privé, et même se trouver dans une lettre missive (Metz. 23 févr. 1821, D. A. *v° cit.*, n° 493; Angers, 28 juin 1823, D. A. *v° cit.*, n° 490: req. 12 déc. 1831, D. A. *v° cit.*, n° 477; Bruxelles, 25 juill. 1842, D. A. *v° cit.*, n° 538: Metz, 20 août 1862, D. P. 62. 5. 372).

[13] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 352. Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 112. Boitard, *op. cit.*, t. I, n° 500. Rodière, *op. et loc. cit. Contrà*, Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Colmet-Daage et Glasson, sur Boitard, *op. et loc. cit.*, note 1; Paris, 24 mai 1811, Bruxelles, 8 févr. 1841 (D. A. *v° cit.*, n° 493); Colmar, 27 janv. 1863 (D. P. 65. 2. 62).

[14] Le sont-ils? C'est une question de fait que les premiers juges tranchent par une décision souveraine (Req. 14 déc. 1881; D. P. 82. 1. 184). Cette cause de reproche ne peut, d'ailleurs, être alléguée par la personne qui a obtenu le certificat, mais seulement par celle contre laquelle il a été fourni (Rodière, *op. et loc. cit.;* Rennes, 22 avr. 1825, D. A. *v° cit.*, n° 493; *contrà*, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 355; trib. de Muret, 16 nov. 1843, D. A. *v° et loc. cit.*).

[15] C'est alors surtout que s'applique la célèbre maxime de Loisel : « Qui mieux « abreuve mieux preuve » (*Suprà*, § **820**, note 2). Il faut, d'ailleurs, entendre à la lettre la condition que le témoin ait mangé aux frais de la partie : le reproche ne sera pas fondé, si le témoin a mangé chez elle à ses propres frais, par exemple, en qualité de pensionnaire (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 346, Paris, 10 mars 1809, D. A. *v° cit.*, n° 475). Aj., sur l'application de ce reproche, Bourges, 10 janv. 1831, D. A. *v° cit.*, n° 480: Liège, 9 août 1841 (D. A. *v° cit.*, n° 473): Nancy, 31 janv. 1874 (D. P. 75. 2. 186); req. 28 oct. 1896 (D. P. 97. 1. 45).

[16] Voy., sur le sens des mots *serviteur* et *domestique* dans l'article 283, Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 358 et suiv.; Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1115 et 1116; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 362; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.;* Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 403: les arrêts rapportés par Dalloz et Vergé, *op. cit.*, art. 283, n°s 94 et suiv.; Chambéry, 5 mai 1876 (D. P. 78. 5. 403); req. 31 juill. 1876 (D. P. 77. 1. 24); Nancy, 20 juill. 1877 (D. P. 78. 2. 175); Nîmes, 20 août 1877, Besançon, 29 déc. 1880, civ. cass. 29 déc. 1880 (D. P. 81. 1. 200); req. 14 déc. 1881 (D. P. 82. 1. 184); req. 6 mai 1896 (D. P. 96. 1. 493, S. 97. 1. 120); Paris, 21 janv. 1897 (D. P. 97. 2. 96). Les fermiers et fournisseurs ne peuvent être assimilés aux serviteurs et aux domestiques (Chambéry, 1er févr. 1892; D. P. 93. 2. 357). Il en est de même des employés de chemins de fer (Civ. cass. 22 févr. 1897; D. P. 97. 1. 535, S. 97. 1. 116), et des secrétaires de mairie et gardes champêtres (Req. 6 mai 1896, D. P. 96. 1. 493, S. 97. 1. 120; trib. de Pontoise, 7 mai 1896, D. P. 97. 1. 382; S. 97. 1. 335).

exceptés[17]. Sont également reprochables, mais comme indignes[18] : 6° le témoin en état d'accusation, c'est-à-dire qu'un arrêt de la chambre des mises en accusation a renvoyé devant la cour d'assises sous la prévention d'un crime[19]; 7° celui qui a été condamné à une peine correctionnelle pour cause de vol[20]. Il est reprochable à partir de sa condamnation, si le tribunal correctionnel ne l'a pas interdit du droit de témoigner en justice[21]; dans le cas contraire, il est incapable pendant la durée de sa peine, et reprochable quand il a fini de la subir[22].

§ **833**. IV. Si les parties ont le droit de récuser le témoignage de personnes indignes ou suspectes, les témoins régulièrement assignés sont tenus, par contre, de prêter leur concours à l'œuvre de la justice en comparaissant aux jour et heure qui leur sont indiqués, en prêtant serment devant le juge-commissaire, en répondant à ses questions, et en disant la vérité sur les faits dont ils ont connaissance. En retour, ils ont droit à l'indemnité de déplacement fixée par l'article 167 du décret du 16 février 1807[1]. L'obligation de comparaître, dont

[17] C. civ., art. 231 (Voy., sur ce point, le tome VII de ce Traité).

[18] Voy. *suprà*, § **829**, et même §, note 1.

[19] Faustin-Hélie, *op. cit.*, t. V, nos 2314 et suiv.

[20] C. instr. crim., art. 231. Mais non pour autre cause, même pour un crime qui, à raison de circonstances atténuantes, n'a été frappé que de peines correctionnelles (Req. 18 févr. 1845, D. P. 45. 1. 137; Bordeaux, 3 déc. 1857, D. P. 58. 2. 153).

[21] Bioche, *op. et vo cit.*, no 364. *Contrà*, Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1120; Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 331.

[22] L'article 283 doit se combiner avec les articles 42-8° et 401 du Code pénal, qui permettent au tribunal correctionnel d'ajouter, en cas de vol, à l'emprisonnement et à l'amende l'interdiction du droit de témoigner en justice pendant cinq à dix ans, à partir du jour où le condamné a fini de subir l'emprisonnement. L'article 283, déjà inexact en ce qu'il suppose que le témoin condamné pour vol n'est jamais que reprochable, contient une erreur plus grave. Il cite parmi les témoins reprochables « celui qui aura été condamné à une peine afflictive et in- « famante » ; or, de deux choses l'une : si ce témoin est réhabilité, il n'est ni reprochable ni incapable; s'il n'est pas réhabilité, il est dégradé civiquement et, par conséquent, incapable; il n'est donc jamais reprochable (Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Boncenne, *op. et loc. cit.*). Voy., sur ces deux points et sur la différence qui existe entre une incapacité et un reproche, *suprà*, §§ **831**, note 2, et **832**, note 1.

§ **833**. [1] « Il sera taxé au témoin, à raison de son état ou de sa profession, « une journée pour sa déposition, et, s'il n'a pas été entendu le premier jour pour « lequel il aura été cité dans le cas prévu par l'article 267 (Voy. *infrà*, § **843**), « il lui sera payé deux journées, indépendamment des frais de voyage si le té- « moin est domicilié à plus de deux myriamètres du lieu où se fait l'enquête. Le

on verra la sanction au § **842**, résulte formellement des articles **263** à **267**. Celle de prêter serment et de déposer y est sous-entendue, car pourquoi forcer les témoins à se présenter devant le juge-commissaire, s'ils ont le droit de ne pas lui répondre[2] ou de refuser le serment qui est, aux yeux de la loi, une garantie essentielle de leur sincérité? L'obligation de dire la vérité trouve sa sanction dans l'article **363** du Code pénal, qui punit le faux témoignage en matière civile d'un à cinq ans d'emprisonnement et de 50 à 2.000 francs d'amende, sans préjudice de la surveillance de la haute police et de l'interdiction des droits civiques, civils et de famille, que le tribunal correctionnel peut y ajouter pour un temps qui varie de cinq à dix ans[3]. Sont exceptées en partie de ces dispositions, c'est-à-dire tenues de comparaître et de prêter serment[4], mais non de déposer, les personnes qui sont astreintes au secret professionnel, et qui ne pourraient le trahir sans manquer à un devoir de conscience et sans commettre en même temps le délit prévu par l'article **378** du Code pénal[5]. Tels sont, aux termes de cet article, les médecins, chirurgiens, officiers de santé, pharmaciens et sages-femmes, et aussi les confesseurs[6], magistrats[7], notaires[8], avoués[9], avocats[10], agréés près les tribunaux de com-

« maximum de la taxe du témoin sera de 10 francs et le minimum de 2 francs. Les « frais de voyage sont fixés à 3 francs par myriamètre pour l'aller et le retour. »

[2] Voy. en ce sens : 1° sur le refus de déposer, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 313, Toulouse, 1er mars 1862 (D. P. 62. 2. 71), crim. cass. 6 févr. 1863 (D. P. 63. 1. 323), et, en sens contraire, Bordeaux, 6 juin 1851 (D. P. 52. 2. 110), ord. du juge d'instruction de Bordeaux, 21 déc. 1861 (D. P. 62. 1. 145 ; 2° sur le refus de prêter serment, Bioche, *op. et v° cit.*, Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 1029, Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* (Comp., sur le serment exigé des témoins, *infrà*, § **844**).

[3] Voy., sur les caractères du faux témoignage, Chauveau-Adolphe et Faustin-Hélie, *op. cit.*, t. IV, nos 1601 et suiv.; c. cass. de Belgique, 5 avr. 1892 (S. 92. 4. 21), Grenoble, 24 avr. 1896 (D. P. 96. 2. 454) ; et, sur la question de savoir s'il constitue un délit d'audience, Bernard, *Le faux témoignage est-il un délit d'audience?* (Dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. XXV, 1864. p. 213 et suiv.).

[4] C. d'assises de la Seine, 10 avr. 1878 (D. P. 78. 5. 442).

[5] Voy., sur les caractères constitutifs de ce délit, Chauveau-Adolphe et Faustin-Hélie, *op. cit.*, t. V, nos 1690 et suiv.; Bordeaux, 5 juill. 1893 (S. 96. 1. 81).

[6] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 315.

[7] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 316. Par exemple, le juge d'instruction (Toulouse, 1er août 1893; D. P. 94. 2. 90.).

[8] Crim. rej. 10 juin 1853 (D. P. 53. 1. 205). Montpellier, 31 déc. 1894 (S. 97. 2. 169 ; voy. *ib.* la note de M. Roux).

[9] Paris, 5 avr. 1851 (D. P. 52. 2. 126).

[10] Voy. t. I, § **250**.

merce[11], membres des bureaux d'assistance judiciaire[12], et « toutes autres personnes dépositaires par état ou par profes- « sion des secrets qu'on leur confie »[13]. J'expliquerai aux §§ **842** et suivants la procédure à suivre en cas de non-comparution, de refus de prêter serment ou de déposer, et d'invocation du secret professionnel.

§ **834**. L'enquête peut être ordonnée d'office[1], et la partie qui, invitée par le tribunal à produire ses témoins, s'y refuserait ou tarderait à le faire s'exposerait à voir réputer ses allégations non avenues, et les faits par elle affirmés, inexistants[2]. Toutefois, c'est une partie qui le plus souvent demande l'enquête. Elle le fait dans la forme la moins coûteuse, sans

[11] Rouen, 17 déc. 1858 (D. P. 59. 2. 163).

[12] Caen, 18 avr. 1877 (D. P. 77. 5. 194).

[13] Voy., sur l'application de l'article 378 du Code pénal, Chauveau-Adolphe et Faustin-Hélie, *op. cit.*, t. V, nos 1685 et suiv. D'ailleurs, aucune profession ne dispense absolument de l'obligation de déposer en justice, et nul ne peut refuser de témoigner d'un fait, par ce seul motif qu'il ne l'a connu que dans l'exercice de sa profession ; il faut que ce fait lui ait été communiqué confidentiellement, ou qu'il soit confidentiel par sa nature (Grenoble, 15 févr. 1810, D. A. v° *Enquête*, n° 261 ; Aix, 28 févr. 1832, D. A. v° *Faillite*, n° 206 ; crim. rej. 26 juill. 1845, D. P. 45. 1. 340 ; crim. rej. 18 juin 1853, D. P. 53. 1. 205 ; crim. rej. 6 janv. 1855, D. P. 55. 1. 30). Voy., notamment, pour les agents de l'administration des postes, crim. rej. 14 mars 1885 (D. P. 85. 1. 425) ; pour les greffiers d'instruction, crim. cass. 9 juill. 1886 (D. P. 86. 1. 475) ; pour les directeurs d'hôpitaux crim. cass. 16 mars 1893 (D. P. 94. 1. 137, S. 93. 1. 280), crim. cass. 14 mars 1895 (S. 95. 1. 375) ; pour les agents de change, req. 3 juill. 1895 (D. P. 96. 1. 164, S. 96. 1. 445) ; et, pour les prêtres catholiques qui ont eu connaissance des faits sur lesquels leur témoignage est invoqué, soit par la confession, trib. de Grenoble, 24 mai 1882 (D. A. v° *Témoins*, supp., n° 20), soit simplement dans l'exercice de leurs fonctions sacerdotales, c. cass. de Belgique, 5 févr. 1877 (D. A. v° *cit.*, supp., n° 21), crim. cass. 4 déc. 1891 (D. P. 92. 1. 139, voy. *ib.* les conclusions de M. l'avocat général Baudouin, S. 92. 1. 473). Enfin, c'est affaire au témoin de se retrancher derrière le secret professionnel, ou de déposer à ses risques et sous sa responsabilité : son témoignage et, par conséquent, l'enquête où il aura témoigné seront valables (Crim. rej. 18 août 1882 ; D. P. 83. 1. 46), et il diffère en cela du témoin reprochable à l'audition duquel on a le droit de s'opposer (C. cass. de Belgique, 22 mars 1888, D. P. 89. 2. 196 ; comp., sur ce point, quant au témoin reprochable, *suprà*, § **831**).

§ **834**. [1] Le tribunal a, sur ce point, un pouvoir d'appréciation discrétionnaire (Périn, *Rapport au Corps législatif*, dans Locré, *op. cit.*, t. XXI, p. 616 ; Bioche, *op. et v° cit.*, n° 47 ; Bruxelles, 26 févr. 1824, D. A. v° *Enquête*, n° 66 ; Bordeaux, 23 mai 1829, D. A. v° *Louage*, n° 292 ; Toulouse, 29 févr. 1868, D. P. 68. 2. 187 ; civ. rej. 20 avr. 1868, D. P. 68. 1. 163 ; Angers, 29 mai 1879, D. A. v° *cit.*, supp., n° 22). Peut-il aussi ordonner d'office une nouvelle enquête ? Voy. *infrà*, § **852**.

[2] Arg. art. 254 (Voy., sur cet article, le § suivant). Bioche, *op. et v° cit.*, n° 48.

écriture ni requête[3], par un simple acte d'avoué à avoué[4] ou même par des conclusions prises verbalement à la barre[5]. Elle y articule, c'est-à-dire qu'elle y énonce article par article, et en termes précis, les faits qu'elle demande à prouver par témoins[6]; elle y somme l'adversaire de reconnaître ces faits ou de les dénier dans les trois jours, et lui donne avenir pour qu'il vienne, à l'audience, voir ordonner la preuve par témoins des faits qu'il nie, ou déclarer vrais ceux qu'il ne nie pas. Si, plus tard, des faits nouveaux se produisent, ou que le demandeur sente le besoin d'en prouver quelques-uns qu'il n'ait pas d'abord articulés, il demande à le faire en la même forme[7]; mais, dans ce dernier cas, le surplus de ses frais ne passe pas en taxe[8].

§ **835**. Trois cas peuvent alors se présenter : 1° le défendeur dénie les faits allégués contre lui; 2° il les reconnaît; 3° trois jours se passent sans qu'il réponde.

a) Dans le premier cas, le tribunal ordonne l'enquête[1],

[3] Il va sans dire qu'il n'y aurait pas nullité si les faits étaient articulés par exploit : seulement, le coût de cette formalité inutile n'entrerait pas en taxe (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 66). Bien plus, les frais des conclusions qu'autorise ici la loi ne seraient pas taxés, si les faits qu'elles contiennent se trouvaient déjà dans les requêtes signifiées au début de la procédure (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 61; voy., sur ces écritures, t. II, § **678**).

[4] Voy. D. 16 févr. 1807, art. 71, § 3, n° 4.

[5] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 64. Civ. cass. 21 juin 1837 (D. A. v° *Enquête*, n° 38).

[6] Voy., sur l'application de cette règle, Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 15 et 62; Liège, 26 juin 1834 (D. A. *v° cit.*, n° 35); req. 10 févr. 1868 (D. P. 68. 1. 261); Bordeaux, 23 juill. 1891 (D. P. 93. 2. 193); Lyon, 10 déc. 1891 (D. P. 93. 2. 197); Besançon, 2 déc. 1896 (D. P. 97. 2. 25); et, sur la fin de non-recevoir opposable à la demande d'enquête dans le cas où les faits à prouver par témoins ne sont pas suffisamment articulés, civ. rej. 13 avr. 1891 (S. 92. 1. 458). Cela s'applique-t-il à l'enquête ordonnée en matière de vérification d'écriture (Voy. t. II, § **800**, ou bien l'articulation des faits à prouver ne résulte-t-elle pas suffisamment de l'objet parfaitement connu et défini de cette enquête? Voy. Montpellier, 3 mars 1828 (D. A. v° *Vérification d'écriture*, n° 79). On dira, dans cette opinion, que l'article **212** : « Seront, au surplus, observées les règles ci-après « prescrites pour les enquêtes », n'a en vue que les formalités postérieures à l'ouverture du procès-verbal d'enquête (Toulouse, 14 juill. 1856, D. P. 56. 2. 207; voy., sur ces formalités, *infrà*, § **853**).

[7] Il n'y a aucun doute dans le premier cas (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 67; Poitiers, 12 févr. 1829, D. A. *v° cit.*, n° 38); mais il y a controverse dans le second (Voy., en ce sens, Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 966 et 980; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; et, en sens contraire, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 68).

[8] Art. 252. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 66.

§ **835**. [1] La preuve par témoins « pourra être ordonnée », dit l'article 253 : elle n'est donc pas de droit. Je suppose, bien entendu, qu'elle est ordonnée

pourvu que les faits soient : 1° concluants ou admissibles[2], c'est-à-dire de nature à entraîner, s'ils sont prouvés, la conviction des juges et la solution du litige[3]; 2° douteux; 3° vraisemblables et susceptibles d'être prouvés par témoins. Sinon, l'enquête est refusée, car le bon sens commande d'en économiser les frais et d'en éviter les lenteurs quand les faits allégués sont déjà constants[4] ou indifférents à l'issue du procès[5], ou que l'insuccès de l'enquête est démontré d'avance par leur invraisemblance, par l'interdiction de les prouver[6], ou par l'évidente impossibilité de les établir avec certitude[7].

légalement suivant les règles posées aux §§ précédents; mais je rappelle qu'elle peut avoir lieu, si le défendeur y consent, dans le cas même où il aurait le droit de s'y opposer (Voy. *suprà*, § **819**).

[2] On dit aussi *pertinents* (Voy. t. II, § **698**).

[3] Voy., sur le sens des mots *admissible*, *concluant* ou *pertinent*, t. II, *ib.*; et, sur l'application de cette condition de l'enquête, Riom, 20 janv. 1891 (D. P. 92. 2. 127), Bordeaux, 23 juill. 1891 (D. P. 93. 2. 193), Lyon, 10 déc. 1891 (D. P. 93. 2. 197), Lyon, 15 mai 1895 (D. P. 95. 2. 310, S. 96. 2. 30), req. 25 nov. 1895 (D. P. 96. 1. 230), Alger, 23 déc. 1895 (D. P. 97. 2. 453).

[4] Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 297. Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 34 et suiv. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 973 *ter*. Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 224. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 387. Civ. rej. 9 nov. 1814 (D. A. v° *Dispositions entre-vifs et testamentaires*, n° 2550).

[5] C'est, bien entendu, une question de fait livrée à l'appréciation souveraine des juges du fond (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 296; Bioche, *op. et v° cit.*, n° 12; req. 28 juin 1820, D. A. v° *Enquête*, n° 270; civ. rej. 22 mars 1824, D. A. v° *Prêt à intérêt*, n° 260; req. 16 juin 1836, D. A. v° *Enquête*, n° 52; req. 20 nov. 1839, D. A. v° *Mandat*, n° 249; req. 13 avr. 1841, D. A. v° *Industrie*, n° 350, req. 6 févr. 1843, D. A. v° *Preuve*, n° 58; req. 26 févr. 1845, D. P. 45. 1. 431; req. 22 mars 1852, D. P. 52. 1. 282; civ. rej. 10 nov. 1852, D. P. 52. 1. 307; civ. rej. 30 juill. 1855, D. P. 55. 1. 352; req. 10 juin 1856, D. P. 56. 1. 464; req. 11 nov. 1861, D. P. 62. 1. 94; req. 13 juin 1864, D. P. 64. 1. 333; Angers, 15 mars 1865, D. P. 65. 2. 120; req. 22 avr. 1890, S. 92. 1. 8; req. 4 juin 1890, S. 91. 1. 79; req. 29 juin 1891, S. 95. 1. 396; req. 6 mars 1893, S. 96. 1. 39; Bordeaux, 10 mai 1893, D. P. 95. 2. 374; req. 9 janv. 1894, D. P. 94. 1. 80, S. 94. 1. 120; req. 13 juin 1895, D. P. 95. 1. 501, S. 96. 1. 230; req. 3 mars 1896, D. P. 97. 1. 276; req. 18 janv. 1897 (D. P. 97. 1. 160, S. 97. 1. 260; req. 15 juill. 1897, D. P. 97. 1. 615).

[6] La preuve des faits diffamatoires n'est pas admise (Voy. t. II, § **697**), et ne peut, par conséquent, être obtenue par voie d'enquête. La cour de Rouen l'a jugé dans l'hypothèse d'un bail avec faculté de sous-louer, mais avec réserve pour le propriétaire du droit de ne pas agréer le sous-locataire qui lui serait proposé : le propriétaire demandait à prouver par témoins que le sous-locataire présenté par le principal locataire vivait avec une maîtresse, et la conduisait partout avec lui; la cour a refusé l'enquête par arrêt du 24 janvier 1881 (D. P. 83. 2. 71). Voy. encore, sur le cas où l'examen des faits allégués entraînerait l'appréciation d'actes administratifs, civ. cass. 16 nov. 1896 (D. P. 99. 1. 484; comp. t. I, § **14**).

[7] Aubry et Rau, *op. et loc. cit.* Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 9 et suiv. Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 974 et 975 *bis* et *ter*. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit.* Req. 7 mars 1823 (D. A. v° *Enquête*, n° 57). Req. 11 févr. 1824 (D. A. v° *cit.*, n° 58). Limoges, 21 nov. 1826 (D. A. v° *Séparation de*

b) Dans le second cas, l'enquête n'est pas ordonnée, car le demandeur n'a pas d'intérêt à la faire après avoir obtenu l'aveu des faits sur lesquels elle devait porter[8].

c) Dans le troisième cas, c'est au tribunal d'apprécier l'opportunité de l'enquête : il s'abstient généralement de l'ordonner, car le silence du défendeur sur les faits allégués contre lui peut être considéré à bon droit comme un aveu[9]; mais il en est différemment, si l'avoué n'a gardé le silence qu'en attendant les instructions de son client, ou si le défendeur représente l'État, un département, une commune, un établissement public, un mineur ou un interdit. Condamner ces personnes sans enquête, après que leur représentant s'est tu sur les allégations portées contre elles, ce serait exposer le jugement à la requête civile, qui leur est ouverte toutes les fois qu'elles n'ont pas été défendues ou qu'elles ne l'ont pas été valablement[10] : on doit donc, pour peu que les faits soient douteux, exiger que l'adversaire qui les produit en fasse la preuve[11]. Tenir pour confessés ou avérés des faits sur lesquels l'avoué du défendeur n'a pas répondu dans les trois jours, ce serait considérer comme fatal un délai qui ne comporte pas une pareille sanction : c'est le cas de fixer à l'avoué un délai suffisant pour qu'il puisse demander et recevoir les ordres de sa partie[12]. Bien plus, si la cause

corps, n° 306). Req. 21 juin 1827 (D. A. v° *Enquête*, n° 60). Civ. rej. 1er févr. 1836 (D. A. v° *Obligations*, n° 4099). Req. 8 août 1837 (D. A. v° *Dispositions entre-vifs et testamentaires*, n° 251). Req. 15 nov. 1853 (D. P. 54. 1. 381). Toulouse, 25 juill. 1863 (D. P. 63. 2. 139). Req. 15 mars 1882 (D. P. 83. 1. 374). Je rappelle qu'il est possible de prouver les faits négatifs si la négative n'est pas indéfinie (Voy. t. II, § **701**) ; l'enquête pourra donc être ordonnée à l'effet de les établir.

[8] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 8 et 85.

[9] Les faits « pourront être tenus pour confessés ou avérés » (Art. 252). Le tribunal n'est donc pas tenu de les considérer comme tels, mais il est évident qu'il le fera le plus souvent (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 72, 73 et 75; Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 971 ; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*, Rodière, *op. et loc. cit.*).

[10] Voy. sur ce point, le tome VI ; comp. t. I, § **201**. J'ajoute à la liste des personnes civiles qui peuvent former la requête civile les départements, dont le Code de procédure ne fait jamais mention, par la raison qu'ils n'avaient pas en 1806 la personnalité civile qu'ils possèdent aujourd'hui (Comp. t. I, § **307**, note 5).

[11] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 76. Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 973. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 472. Rodière, *op. et loc. cit.*

[12] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 75. Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 970. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 386.

intéressait l'ordre public, le silence et même l'aveu formel du défendeur ne dispenseraient pas le tribunal d'exiger la preuve des faits articulés et, au besoin, d'ordonner d'office une enquête : il ne faut pas que deux parties puissent, au gré de leurs désirs, l'une en affirmant des faits, l'autre en n'y contredisant pas, faire décider d'une filiation, déclarer un mariage nul, ou prononcer une séparation de corps[13]. Il en est de même dans le cas d'absence, où la loi déclare obligatoire l'enquête préalable au jugement de déclaration d'absence[14]. Enfin, si le défendeur peut consentir à l'enquête dans les cas même où la preuve testimoniale n'est pas de droit[15], *à fortiori* couvre-t-il le vice d'une enquête indûment ordonnée par l'acquiescement qu'il y donne, et par le concours qu'il y prête[16].

§ **836**. Le jugement qui prescrit l'enquête contient trois indications : 1° les faits à prouver ; 2° le juge-commissaire devant qui l'enquête aura lieu ; 3° le cas échéant, les délais dans lesquels elle devra être commencée et terminée.

1° L'indication des faits à prouver est tellement essentielle que l'omission de cette formalité entraîne nullité[1], car il faut,

[13] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 77 et 85. Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 973. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 222. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 382. Comp. t. II, § **681**. En sera-t-il de même, si les faits articulés sont susceptibles de nuire à la considération ou aux intérêts d'un tiers? Voy., sur ce point, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 79; Carré, *op. et loc. cit.*; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Boncenne, *op. et loc. cit.*

[14] C. civ., art. 116 et 119. Elle ne l'est pas dans le cas de l'article 4 de la loi du 13 janvier 1817 (Voy., sur ces divers textes, le tome VII de ce Traité).

[15] Voy. *suprà*, § **819**.

[16] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 44 et suiv.

§ **836**. [1] Cette sanction n'est pas écrite dans la loi, mais on a vu t. II, § **501**, que l'article 1030 ne s'applique pas aux formalités substantielles. Voy., en ce sens, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 89; Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 978 ; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 476 ; Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 389 ; Montpellier, 6 mars 1826 (D. A. v° *Avoué*, n° 213) ; en sens contraire, Liège, 16 déc. 1812 (D. A. v° *Jugement*, n° 297). Aj., sur le point de savoir si les faits à prouver sont indiqués d'une manière assez précise, Orléans, 22 déc. 1809, civ. rej. 9 févr. 1813 (D. A. v° *Enquête*, n° 73), Colmar, 4 juin 1835 (D. A. v° *cit.*, n° 78), req. 10 févr. 1836 (D. A. v° *Vente publique d'immeubles*, n° 1788), Montpellier, 3 déc. 1841 (D. A. v° *Minorité*, n° 273). Le jugement qui ordonne une enquête, à l'appui d'une demande en vérification d'écriture (Voy. t. II, § **800**), doit-il contenir les faits à prouver? Ne les indique-t-il pas, au contraire, avec assez de précision, par cela seul qu'il ordonne l'enquête pour établir la sincérité de l'écriture méconnue? Voy., dans le premier sens, Bruxelles,

d'abord, que le juge-commissaire sache quels faits le tribunal a déclarés admissibles pour ne pas laisser l'enquête s'égarer sur d'autres[2]; ensuite, que les témoins assignés pour y répondre connaissent les faits sur lesquels ils seront interrogés[3]; enfin, qu'on sache, pour se prononcer sur la validité de l'enquête, si elle n'a pas porté sur des faits dont le tribunal n'a pas autorisé la preuve[4]. Ce n'est cependant pas une raison pour pousser les choses à l'extrême, et l'on admettra sans peine, bien qu'on l'ait parfois contesté, qu'il n'est pas nécessaire d'indiquer à nouveau dans le dispositif du jugement des faits déjà énoncés dans les qualités[5] — que cette cause de nullité du jugement est couverte par l'assistance des parties à l'enquête[6] — que le tribunal peut rectifier par un second jugement les erreurs commises dans l'indication des faits à prouver[7] — et que, si les parties croient voir dans l'omission de quelques-uns d'entre eux un oubli plutôt qu'un parti pris, elles ont le droit de soulever un incident pour inviter le tribunal à compléter cette partie de son jugement[8].

2° Le juge-commissaire est généralement pris parmi les membres du tribunal; mais, si les témoins sont assez éloignés pour qu'il soit très coûteux de les déplacer, l'enquête peut être faite

20 nov. 1822 (D. A. v° *Vérification d'écriture*, n° 775); dans le second, civ. cass. 8 mars 1816 (D. A. v° *Enquête*, n° 142); Toulouse, 14 juill. 1856 (D. P. 56. 2. 207). Dans ce dernier système, il appartiendra, naturellement, au juge-commissaire de n'admettre en preuve que les faits qui lui paraîtront pertinents, et surtout d'écarter ceux que le jugement qui ordonne l'enquête aura déclarés non pertinents (Req. 22 juill. 1872; D. P. 73. 1. 227).

[2] Le tribunal n'est pas forcé d'admettre ou de rejeter en bloc tous les faits que le demandeur offre de prouver par témoins : il peut choisir entre eux, et l'enquête ne doit porter que sur ceux qui ont été déclarés admissibles (Voy., sur l'application de cette règle, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 40; Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 980; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 230).

[3] On verra au § 839 qu'il doit leur être signifié, avec l'assignation à comparaître à l'enquête, copie du jugement qui l'a ordonnée.

[4] Comp. *suprà*, note 1.

[5] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 96. Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 978 *bis*. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Civ. rej. 17 juill. 1827 (D. A. v° *Enquête*, n° 76). Req. 6 mars 1844 (D. A. *v° cit.*, n° 77). *Contrà*, Bruxelles, 5 juill. 1809 (D. A. *v° cit.*, n° 74).

[6] Bioche, *op., v° et loc. cit.* Bruxelles, 5 juill. 1809 (D. A. *v° et loc. cit.*). Req. 27 mars 1832 (D. A. v° *Action possessoire*, n° 376).

[7] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 97. Bruxelles, 15 avr. 1835 (D. A. v° *Enquête*, n° 639).

[8] Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 979. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bordeaux, 26 juin 1830 (D. A. *v° cit.*, n° 81). *Contrà*, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 98. Comp. req. 26 mai 1807 (D. A. v° *Séparation de corps*, n° 470).

ou quelques témoins entendus, en vertu d'une commission rogatoire, par un juge de paix ou par un autre tribunal qui se déchargera de ce soin sur un de ses membres[9]. Cette partie du jugement n'a, d'ailleurs, rien de substantiel, et le tribunal qui l'a omise peut y suppléer en nommant après coup un juge-commissaire : il le fera d'office, si l'enquête a été ordonnée de cette manière; dans le cas contraire, il attendra la requête du demandeur qui devra se hâter, car le défendeur pourrait prendre les devants, et faire déclarer non avenu le jugement dont l'exécution ne serait pas encore commencée[10]. Un nouveau jugement est encore nécessaire s'il y a lieu de remplacer le juge-commissaire empêché[11], à moins qu'en le nommant le tribunal n'ait délégué à son président le pouvoir de remplir cette formalité[12].

3° Le jugement qui ordonne l'enquête se complète par l'indication des délais impartis au demandeur, tant pour la commencer que pour la finir, mais seulement dans le cas où

[9] Riom, 24 mai 1892 (D. P. 93. 2. 85; S. 95. 2. 294). Civ. cass. 4 juill. 1893 (D. P. 94. 1. 37; S. 93. 1. 375). Quant au juge-commissaire lui-même, le tribunal qui ordonne l'enquête a seul le droit de le désigner (Voy. l'arrêt précité de la cour de Riom). Aj. : 1° sur ces commissions rogatoires qui pourraient même être données aux tribunaux étrangers ou aux agents diplomatiques français, t. II, § **543**), Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 103 et suiv., Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 984 *bis* et suiv., req. 15 janv. 1876 (D. A. v° *Degrés de juridiction*, n° 558), Limoges, 3 juin 1828 (D. A. v° *Enquête*, n° 98), Rennes, 18 janv. 1834 (D. A. *v° cit.*, n° 89), civ. rej. 13 mars 1866 (D. P. 66. 1. 184); 2° sur le remplacement du magistrat commis, Liège, 20 févr. 1812 (D. A. *v° cit.*, n° 207), Nancy, 18 juill. 1817 (D. A. *v° cit.*, n° 430), Nîmes, 28 avr. 1828, Poitiers, 10 juin 1831 (D. A. *v° cit.*, n° 104), Toulouse, 6 janv. 1835 (D. A. *v° cit.*, n° 90). Le juge de paix ou l'agent diplomatique français doivent observer dans l'enquête les mêmes formes que le tribunal de première instance qui les a commis; au contraire, le tribunal étranger n'est tenu de suivre que les formes prescrites ou usitées dans son pays (Pau, 29 avr. 1861; D. P. 62. 2. 75; voy. t. II, § **491**).

[10] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 102. Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 980 *bis*. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 477. Rodière, *op. et loc. cit.* Paris, 2 janv. 1815; Bruxelles, 26 févr. 1824 (D. A. *v° cit.*, n° 133).

[11] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 105 et suiv. Paris, 15 janv. 1830 (D. A. *v° cit.*, n° 155). Req. 18 juill. 1833 (D. A. v° *Jugement par défaut*, n° 245).

[12] On a soutenu, par application de l'article 110 qui charge le président de remplacer le juge-commissaire empêché de présider à l'instruction par écrit (Voy. t. III, § **980**), que ce magistrat a, de plein droit, qualité à l'effet de remplacer le juge-commis pour procéder à l'enquête : la jurisprudence est contraire, et n'autorise le président à remplir cette formalité qu'en vertu d'une délégation du tribunal (Metz, 7 juill. 1820, D. A. v° *Enquête*, n° 193; trib. de Caen, 14 déc. 1871, D. P. 74. 5. 191; civ. cass. 4 janv. 1881, D. P. 81. 1. 123; Dijon, 20 mai 1881, D. P. 83. 2. 58). Voy., sur le remplacement du magistrat désigné en vertu d'une commission rogatoire, *suprà*, note 9.

ces délais ne sont pas fixés par la loi comme on le verra aux §§ **840** et **848**[13].

§ **837**. De ce qu'une partie a le droit de fournir la preuve testimoniale, il ne résulte pas nécessairement que l'autre ait aussi le droit de faire entendre des témoins. Le créancier prouvera par témoins une créance de plus de 150 francs, s'il n'a pu s'en procurer une preuve écrite; le débiteur ne pourra prouver que par écrit le paiement de cette somme, si rien ne l'empêchait de s'en faire donner quittance[1]. A l'inverse, le demandeur en revendication devra produire ses titres, si sa propriété est contestée et qu'il n'ait pas possédé assez longtemps pour prescrire; mais le défendeur pourra prouver par témoins les frais de culture ou d'entretien dont il demande le remboursement[2]. Il dépendra donc des circonstances qu'une seule partie soit admise à faire l'enquête, ou qu'elles y soient toutes deux autorisées — on dit alors que l'enquête est respective[3] — mais ce qui est de droit quand même le tribunal ne l'aurait pas réservé[4], c'est la preuve contraire ou contr'enquête[5], c'est-à-dire la faculté de prouver par témoins les faits qui sont en contradiction ou seulement en rapport direct avec ceux sur lesquels porte l'enquête. Si, par exemple, Primus est admis à prouver par témoins que Secundus lui a promis 150 francs à Paris le 15 juin 1898, Secundus est de plein droit autorisé à produire dans cette enquête des témoins qui attesteront qu'il se trouvait le même jour à Florence. Bien plus, si une femme demanderesse en séparation de corps obtient l'enquête à l'effet de prouver les sévices, excès ou injures graves qu'elle impute à son mari, celui-ci a, *ipso facto,* le droit de prouver par témoins qu'elle

[13] Art. 255.

§ **837**. [1] Voy., sur l'impossibilité de se procurer une preuve écrite, *suprà*, § **825**.

[2] Voy., sur la preuve des faits matériels, *suprà*, § **820**.

[3] Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 989 *bis*. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 479. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 389 et 390.

[4] Bioche, *op et v° cit.*, n° 55. Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 989. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Poitiers, 26 août 1828 (D. A. *v° cit.*, n° 114). Bruxelles, 31 juill. 1844 (D. A. v° *Jugement*, n° 1009).

[5] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 4.

a envers lui des torts de même nature, et que, par conséquent, c'est pour lui et non contre lui que la séparation de corps doit être prononcée[6]. Il est donc inutile d'articuler d'avance et d'indiquer dans le jugement les faits sur lesquels pourra porter la contr'enquête[7] : il faut seulement qu'ils présentent les caractères indiqués au § précédent, et le juge-commissaire aura le droit, sauf aux parties à saisir le tribunal par voie d'incident, de rejeter de la contr'enquête les faits dont la preuve testimoniale lui paraîtrait impossible, inutile ou illicite[8]. On peut aussi désigner deux juges-commissaires, l'un pour l'enquête, l'autre pour la contr'enquête; mais mieux vaut n'en nommer qu'un, qui aura, de plein droit, qualité pour entendre les témoins du défendeur avec ceux du demandeur[9].

§ **838**. VI. L'enquête commence, à peine de nullité[1], par

[6] Trib. de Corbeil, 21 déc. 1882 (D. A. v° *Enquête*, supp., n° 44). La contr'enquête peut assurément porter sur les faits qui sont la négation de ceux que l'enquête a pour objet d'établir; mais je vais plus loin, et j'admets le défendeur à prouver dans cette contr'enquête les faits qui sont seulement en rapport avec ceux à raison desquels l'enquête a été ordonnée. Ce qui me décide surtout, c'est qu'autrement le défendeur à l'enquête ne serait généralement admis à prouver par voie de contr'enquête que des faits négatifs; or, sans être impossible (Voy. t. II, § **701**), la preuve de ces faits est généralement très difficile, et, réduite à cela, la contr'enquête n'aurait qu'une utilité très restreinte (Voy., en ce sens, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 52; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 990; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*). Je rappelle, pour l'explication du dernier exemple que j'ai donné, qu'il n'est pas indifférent à un conjoint d'obtenir la séparation de corps ou de la voir prononcer contre lui; il conserve dans l'un, il perd dans l'autre le droit au préciput stipulé au profit du survivant dans le contrat de mariage (C. civ., art. 1518), et même, d'après une jurisprudence aujourd'hui très ferme, les donations que son conjoint lui a faites soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage (Dalloz et Vergé, *Code civil annoté*, art. 299, n°s 3 et suiv.).

[7] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 69 et 93. Si cependant le défendeur forme une demande reconventionnelle qui ne puisse être justifiée que par une enquête, il devient demandeur : il faut alors qu'il articule les faits, et que le jugement les indique (Bourges, 19 juin 1808; D. A. v° *Enquête*, n° 115).

[8] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 54. Req. 11 mars 1828 (D. A. v° *cit.*, n° 121). Req. 12 mars 1850 (D. P. 50. 5. 198).

[9] Art. 256. Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 981. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*

§ **838**. [1] En vertu de l'article 147 qui défend d'exécuter aucun jugement avant de l'avoir signifié (T. III, § **1189**). Voy., en ce sens, Limoges, 14 déc. 1826, Bourges, 14 juill. 1828 et 30 mai 1831 (D. A. *v° cit.*, n° 127). req. 18 janv. 1837 (D. A. *v° cit.*, n° 94), Limoges, 13 mars 1850 (D. P. 54. 5. 334), Bastia, 2 avr. 1855 (D. P. 55. 2. 323); et, en sens contraire, Besançon, 2 mars 1815 (D. A. *v° cit.*, n° 128), req. 18 juill. 1833 (D. A. v° *Jugement par défaut*, *loc.*

la signification du jugement qui l'ordonne[2]. Cette signification, faite à avoué[3] par le demandeur et, à son défaut[4], par le défendeur, est suivie d'une requête que le demandeur adresse au juge-commissaire[5], afin qu'il ordonne l'assignation des témoins et qu'il fixe le jour et l'heure où ils seront entendus[6]. Il est libre, en principe, d'indiquer la date qu'il juge le plus convenable[7]; mais il doit tenir compte du domicile respectif des témoins, et fixer l'assignation des plus rapprochés à un jour voisin de celui où les plus éloignés pourront comparaître. On verra, en effet, au § **848** que l'enquête doit être terminée dans un certain délai, à compter du jour où les premiers témoins auront été entendus, et il ne faut pas que ce délai s'achève avant qu'on ait pu faire entendre les derniers. Si donc le juge-commissaire avait fixé une date préjudiciable aux intérêts légitimes des parties, celles-ci auraient le droit de demander la nullité de l'enquête[8]. Rien n'empêche, au surplus, le juge-commissaire de modifier son ordonnance tant qu'elle n'a pas reçu d'exécution, et de fixer par

cit.), Bordeaux, 13 juin 1834 (D. A. v° *Enquête*, n° 172). Voy., sur la procédure d'enquête, outre les autorités citées dans ce § et aux §§ suivants, Blanc, *Manuel pratique des enquêtes* (Paris, 1894), p. 1 et suiv.

[2] Cette signification n'est pas un exploit soumis à toutes les exigences de l'article 61 ; ce n'est qu'un acte d'avoué à avoué : la nullité n'en sera donc prononcée que pour omission d'énonciations ou de formalités substantielles (Riom, 19 août 1817, D. A. v° *cit.*, n° 140; Nîmes, 17 déc. 1819, D. A. v° *cit.*, n° 381 ; civ. cass. 16 août 1836, D. A. v° *Jugement*, n° 224 ; req. 21 août 1862, D. P. 62. 1. 439; civ. rej. 20 avr. 1868, D. P. 68. 1. 163 ; *contrà*, Metz, 24 févr. 1831, D. A. v° *Enquête*, n° 141 ; voy., sur les actes d'avoué à avoué en général, t. II, § **612**).

[3] Et non pas à partie, puisque le jugement qui ordonne l'enquête ne contient ni condamnation, ni ordre que la partie doive exécuter en personne (Civ. rej. 25 juill. 1893, D. P. 93. 1. 545, S. 94. 1. 89; voy., sur les jugements qui doivent être signifiés à partie, t. III, § **1191**). Une signification suffira s'il n'y a qu'un avoué en cause : il en faudra autant qu'il y a de parties si chacune d'elles est représentée par un avoué (Bourges, 30 mai 1831, D. A. v° *cit.*, n° 127; civ. cass. 22 déc. 1840, D. A. v° *cit.*, n° 599).

[4] Toulouse, 8 août 1832 (D. A. v° *cit.*, n° 131). Bourges, 19 mars 1851 (D. P. 52. 2. 125).

[5] Quand c'est le demandeur qui signifie le jugement, il peut, en même temps et dans le même acte, adresser sa requête au juge-commissaire (Metz, 19 avr. 1811, req. 3 mars 1812, D. A. v° *cit.*, n° 129; civ. rej. 17 déc. 1823, D. A. v° *cit.*, n° 160).

[6] L'enquête serait nulle si, au lieu de fixer lui-même les jour et heure auxquels les témoins seront assignés, le juge-commissaire ordonnait qu'ils comparaîtront à la date qui sera fixée par le demandeur (Besançon, 14 août 1826 ; D. A. v° *cit.*, n° 295).

[7] Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 1013. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*

[8] Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 1010. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*

décision nouvelle une date mieux appropriée aux exigences de la situation[9].

§ **839**. En vertu de cette ordonnance, le demandeur assigne ses témoins et son adversaire : celui-ci, pour qu'il puisse assister, comme c'est son droit, à toute l'instruction de son procès[1]; ceux-là, pour qu'ils viennent déposer devant le juge-commissaire. L'assistance de l'adversaire n'est pas nécessaire, et, pourvu qu'on l'ait assigné régulièrement, l'enquête peut se poursuivre en son absence[2]; la présence des témoins est indispensable, et j'en montrerai les conséquences au § suivant. La partie adverse est assignée au domicile de son avoué[3] dans les formes ordinaires de l'ajourne-

[9] Turin, 19 avr. 1811 (D. A. *v° cit.*, n° 357). Nîmes, 14 août 1828 (D. A. *v° cit.*, n° 278). Bordeaux, 13 avr. 1831 (D. A. *v° cit.*, n° 184). Req. 16 juin 1832 (D. A. *v° cit.*, n° 664). Poitiers, 22 janv. 1834 (D. A. *v° cit.*, n° 202). Civ. rej. 13 févr. 1850 (D. P. 50. 1. 170). *Contrà*, Turin, 20 août 1808, Bruxelles, 31 déc. 1811 et 7 juill. 1819 (D. A. *v° cit.*, n° 201).

§ **839**. [1] Aucune partie de la procédure n'est secrète jusqu'au délibéré (Voy. t. II, § **550**).

[2] Art. 262. Le tribunal peut même ordonner, si les circonstances l'exigent, que la personne dont l'interdiction est demandée pour cause d'imbécillité, de démence ou de fureur habituelle, n'assistera pas à l'enquête à laquelle il sera procédé sur son état ; mais elle y sera toujours représentée par son conseil (Art. 893 ; voy., pour plus de détails, le tome VII).

[3] L'article 261 est formel, et cette prescription se comprend très bien, car il importe que l'avoué puisse conseiller son client, et il ne le pourra que s'il est averti de l'enquête qui va se faire, et du jour où les témoins seront entendus. Aussi ce mode d'assignation est-il prescrit à peine de nullité (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 213; Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 1018; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 275; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 490; Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 394; Liège, 20 nov. 1812, Riom, 28 janv. 1815, Bordeaux, 9 mai 1834, D. A. *v° cit.*, n° 206 ; trib. de Saint-Flour, 8 mars 1883, D. A. *v° cit.*, supp., n° 74). Peu importe que l'enquête se fasse, en vertu d'une commission rogatoire, à portée du défendeur qui n'a pas son domicile au siège du tribunal qui l'a ordonnée (Rennes, 24 août 1811, civ. rej. 17 déc. 1811, D. A. *v° cit.*, n° 207; Paris, 21 mars 1837, D. A. *v° cit.*, n° 208; *contrà*, Liège, 20 févr. 1812, Bourges, 4 mai 1812, D. A. v° *Enquête*, *loc. cit.*). Si l'avoué était démissionnaire, l'assignation devrait encore être faite en son étude, et non pas au domicile réel de la partie (Angers, 17 août 1831, D. A. v° *Avoué*, n° 184, Toulouse, 5 août 1839, D. A. v° *Enquête*, n° 212; *contrà*, Bruxelles, 15 avr. 1832, D. A. *v° cit.*, n° 213, Caen, 14 août 1843, D. A. *v° cit.*, n° 214). L'assignation donnée à l'avoué personnellement serait nulle (Turin, 24 août 1810, Bruxelles, 11 mars 1813, D. A. *v° cit.*, n° 218; Rennes, 2 et 15 avr. 1813, D. A. v° *Exploit*, n° 237; Liège, 22 oct. 1817, D. A. v° *Enquête*, n° 523; Angers, 16 janv. 1823, D. A. *v° cit.*, n° 210). Voy., sur le cas où l'enquête serait ordonnée : 1° contre une partie qui n'a pas constitué d'avoué, le tome VI ; 2° en appel, et renvoyée devant un juge du tribunal de première instance, Rennes, 6 déc. 1859 (D. P. 60. 2. 113), Riom, 11 août 1896 (D. P. 97. 1. 289), et *ib.* les notes sur ces deux arrêts.

ment[4], avec notification des noms, profession et demeure des témoins qui doivent être entendus[5]. Le délai minimum de cette assignation est de trois jours francs[6], augmentés, suivant le droit commun[7], d'un jour par cinq myriamètres de distance

[4] Bioche. *op. et v° cit.*, n°s 213 et suiv. Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 1014, 1018 *bis*, 1023 et suiv. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 274. Rodière, *op. et loc. cit.* Civ. cass. 24 déc. 1811 (D. A. *v° cit.*, n° 285). Civ. cass. 4 janv. 1813; Riom, 26 avr. 1816 (D. A. *v° cit.*, n° 220). Poitiers, 13 août 1819 (D. A. v° *Exceptions*, n° 319). Nancy, 27 mars 1827 (D. A. v° *Enquête, loc. cit.*). Colmar, 25 août 1829 (D. A. *v° cit.*, n° 423). Il n'y a de difficulté que sur la mention de la constitution d'avoué : doit-elle être reproduite dans cette assignation? Voy., pour l'affirmative, Orléans, 5 mai 1830 (D. A. *v° cit.*, n° 222); pour la négative, Bruxelles, 17 nov. 1819 (D. A. *v° cit.*, n° 221) et 25 mars 1835 (D. A. *v° cit.*, n° 222). L'assignation pourrait-elle être remplacée : 1° par un acte d'avoué à avoué ; 2° par une sommation faite à l'avoué de se trouver à l'audition des témoins, et d'y faire trouver son client si bon lui semble? Voy., sur le premier point, Rouen, 22 mars 1810 (D. A. *v° cit.*, n° 217), civ. cass. 11 janv. 1815, ch. réun. cass. 28 janv. 1826 (D. A. *v° cit.*, n° 231); sur le second point, Nancy, 10 janv. 1812 (D. A. *v° cit.*, n° 218).

[5] Cette formalité est requise à peine de nullité, mais on admettra ici les mêmes tempéraments que pour la nullité des assignations qui ne sont pas entièrement conformes à l'article 61 (Comp. t. II, § **578**; et voy., sur l'application de cette règle, Turin, 25 juin 1810, D. A. *v° cit.*, n° 244, Liège, 15 févr. 1812, Bruxelles, 30 déc. 1818, D. A. *v° cit.*, n° 239, Bruxelles, 11 avr. 1822, D. A. *v° cit.*, n° 632, Poitiers, 16 juin 1825, D. A. *v° cit.*, n° 239, civ. cass. 19 avr. 1826, D. A. *v° cit.*, n° 247, Bruxelles, 3 mai 1827, D. A. *v° cit.*, n° 250, Montpellier, 15 déc. 1830, D. A. *v° cit.*, n° 375, Bruxelles, 22 juin 1833, trib. de Muret, 16 nov. 1843, D. A. *v° cit.*, n° 239). En outre, aucune forme sacramentelle n'est ici prescrite, et il n'est nécessaire ni que la liste des témoins soit distincte de l'exploit d'assignation, ni que tous les témoins soient indiqués sur une seule et même liste (Req. 16 févr. 1815, D. A. *v° cit.*, n° 243; Metz, 16 nov. 1819, D. A. *v° cit.*, n° 248; Bruxelles, 12 mai 1824 et 3 mai 1827, D. A. *v° cit.*, n° 250; Liège, 22 nov. 1831, D. A. *v° cit.*, n° 246). Faut-il, à peine de nullité, que la signification des noms des témoins soit, comme l'assignation, séparée de leur audition par un intervalle de trois jours francs augmentés, s'il y a lieu, à raison de la distance? Voy., pour l'affirmative, Turin, 25 juin 1810, civ. cass. 2 juill. 1819, Bourges, 31 déc. 1833 (D. A. *v° cit.*, n° 244), Bordeaux, 7 mars 1873 (D. P. 74. 2. 76); pour la négative, req. 16 févr. 1815, Angers, 21 mars 1815, Bruxelles, 21 juill. 1819 (D. A. *v° cit.*, n° 243), Poitiers, 28 nov. 1822 (D. A. v° *Domicile élu*, n° 23), Poitiers, 7 mars 1823 (D. A. v° *Enquête, loc. cit.*). Aj., sur ces questions, Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 276 et suiv.; Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 285 et suiv.; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*; Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 395.

[6] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 224. Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 1019. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Trèves, 20 mars 1811 (D. A. v° *Exceptions*, n° 317). Bruxelles, 10 déc. 1811; Liège, 7 avr. 1821; Bruxelles, 27 juill. 1825 (D. A. *v° cit.*, n° 227). Bourges, 9 févr. 1856 (D. P. 57. 2. 66). Trib. de Honfleur, 9 janv. 1867 (D. P. 67. 3. 24). La nouvelle disposition de l'article 1033, sur le renvoi au lendemain de l'expiration de tous les délais de procédure, francs ou non, qui expirent un jour férié (L. 13 avr. 1895; t. II, § **529**) s'applique-t-elle dans l'espèce? Voy., pour l'affirmative, trib. de Vesoul, 19 févr. 1897 (S. 98. 2. 113); et, en sens contraire, *ib.*, la note de M. Tissier.

[7] Voy. t. II, § **524**. Quelques arrêts ont cependant refusé toute augmentation du délai de trois jours (Req. 22 nov. 1810, D. A. v° *Enquête*, n° 230; Limoges, 11 avr. 1812, D. A. *v° cit.*, n° 231; Bruxelles, 11 avr. 1822, D. A. *v° cit.*, n° 632;

entre le domicile de l'avoué et la résidence du tribunal au siège duquel se fera l'enquête[8], et, s'il y a lieu, d'un jour de plus par cinq myriamètres de distance entre le domicile de l'avoué et celui de la partie[9] : la première augmentation, pour que l'avoué ait le temps de se présenter à l'enquête ; la seconde, pour qu'il puisse avertir son client de s'y trouver et recevoir ses instructions[10]. S'il y a plusieurs défendeurs et qu'ils aient des avoués différents, chacun d'eux doit être assigné séparément au domicile du sien ; s'ils ont le même avoué, il doit être remis à ce dernier autant de copies qu'il représente de parties[11]. Les témoins sont assignés à personne ou à domicile dans les formes ordinaires de l'ajournement[12] : ceux qui sont domiciliés à moins de cinq myriamètres du lieu où se fait l'enquête, au moins un jour franc avant leur audition ; les autres, dans le même délai augmenté d'un jour par cinq myriamètres[13]. Il est donné copie à chacun d'eux de la partie

Bruxelles, 24 janv. 1838, Poitiers, 9 mars 1842, Bruxelles, 26 juin 1844, D. A. *v° cit.*, n° 230 ; Nîmes, 13 mars 1855, D. P. 55. 5. 178). Voy., sur ce point, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 224 et suiv. ; Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 1016 et 1020 ; Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 275 et suiv. ; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* ; Rodière, *op. et loc. cit.*

[8] Rennes, 25 févr. 1820 (D. A. *v° cit.*, n° 232). Bastia, 22 juill. 1857 (D. P. 58. 2. 71). Poitiers, 9 mai 1877 (D. P. 77. 2. 144). D'autres arrêts, que je crois moins exacts, ont calculé l'augmentation entre le domicile de la partie et le lieu où se fait l'enquête (Toulouse, 12 janv. 1819, Caen, 16 janv. 1827, Rennes, 23 avr. 1827, D. A. *v° cit.*, n° 232 ; Riom, 17 août 1827, D. A. *v° cit.*, n° 237 ; Poitiers, 23 juill. 1839, D. A. *v° cit.*, n° 432 ; Toulouse, 30 mars 1844, D. A. *v° cit.*, n° 232 ; c. sup. just. de Luxembourg, 3 août 1894, S. 96. 4. 13).

[9] Colmar, 15 juill. 1833 (D. A. *v° cit.*, n° 237). Bourges, 9 févr. 1856 (D. P. 57. 2. 66).

[10] D'autres arrêts n'accordent qu'une seule et unique augmentation calculée entre le domicile de la partie et celui de son avoué (Paris, 29 sept. 1808, civ. cass. 11 janv. 1815 et 23 juill. 1823, ch. réun. cass. 28 janv. 1826, Rouen, 6 mars 1828, D. A. *v° cit.*, n° 231 ; Riom, 28 nov. 1828, D. A. *v° cit.*, n° 238 ; Paris, 10 févr. 1830, D. A. *v° cit.*, n° 231 ; Rennes, 9 févr. 1833, D. A. *v° cit.*, n° 432 ; Nancy, 14 mars 1839, D. A. *v° cit.*, n° 236 ; Liège, 3 mai 1844, D. A. *v° cit.*, n° 231 ; Bordeaux, 17 janv. 1851, D. P. 51. 2. 48).

[11] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 217. Bourges, 5 mai 1813 (D. A. *v° cit.*, n° 224). Limoges, 8 févr. 1823 (D. A. v° *Exploit*, n° 370). Ch. réun. cass. 28 janv. 1826 (D. A. v° *Enquête*, n° 231). Bordeaux, 18 déc. 1827 (D. A. v° *Exploit*, *loc. cit*). Rouen, 6 mars 1828 (D. A. v° *Enquête*, *loc. cit.*). Bordeaux, 17 mai 1831 (D. A. v° *Exploit*, *loc. cit.*). Req. 23 nov. 1831 (D. A. *v° cit.*, n° 371).

[12] Sauf la constitution d'avoué qui n'a pas besoin d'y être reproduite (Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 1018 *bis* ; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*). Il est inutile d'assigner devant le juge-commissaire un témoin, pour lequel il y a commission rogatoire à l'effet de l'entendre devant un autre magistrat (Dijon, 1er mai 1892, D. P. 94. 2. 139 ; Riom, 24 mai 1892, D. P. 93. 2. 85, S. 95. 2. 294 ; voy. sur cette hypothèse, *suppl.*, § **836**).

[13] Voy., sur ce point, Orléans, 4 avr. 1810 (D. A. v° *Enquête*, n° 553). L'assi-

du jugement qui contient les faits admis en preuve[14], et de l'ordonnance du juge-commissaire en vertu de laquelle les assignations sont données[15]. Toutes ces formalités sont requises à peine de nullité : je reviendrai sur cette sanction au § **851**[16].

§ **840**. L'obligation de commencer l'enquête dans un certain délai forme un des traits les plus originaux de cette procédure[1], car la loi n'a pas coutume de mesurer aux parties le temps dans lequel elles devront justifier de leurs droits, et les procédures relatives aux preuves ne s'éteignent ordinairement que par la péremption de l'instance principale[2]. S'il n'en est pas de même en matière d'enquête, si le droit de faire entendre des témoins à l'appui des faits admis en preuve est circonscrit dans un délai très court, c'est par défiance de la preuve testimoniale[3], et de peur qu'une partie n'abuse

gnation donnée à trop bref délai n'est pas nulle de droit, mais seulement si la partie intéressée en demande la nullité (Req. 29 janv. 1883; D. A. *v° cit.*, supp., n° 159).

[14] L'article 260 dit *le dispositif du jugement*, mais il est évident que, si l'indication des faits à prouver se trouve dans les qualités — on a vu au § **836** que cette pratique est parfaitement régulière, — ce sont les qualités qui doivent être signifiées (Bruxelles, 9 mai 1817; D. A. *v° cit.*, n° 271). Il a même été jugé que, si les faits dont la preuve est admise sont articulés dans la requête adressée au juge-commissaire (Voy. *suprà*, même §), la signification de cette requête et de l'ordonnance qui l'a suivie tient lieu de celle du jugement (Bourges, 14 nov. 1826; D. A. *v° cit.*, n° 272), et que l'assignation peut ne pas indiquer les faits que le défendeur a, de droit, la faculté de prouver dans la contr'enquête (Bordeaux, 29 juill. 1856; D. A. *v° cit.*, supp., n° 100; voy., sur la contr'enquête, *suprà*, § **837**).

[15] Voy., sur ce point, Bruxelles, 22 févr. 1821 (D. A. *v° cit.*, n° 132); Bruxelles, 12 mai 1834 (D. A. *v° cit.*, n° 271).

[16] Art. 260 et 261. Quand le jugement qui admet la preuve testimoniale énumère en même temps les faits sur lesquels portera l'enquête, et ceux qui pourront donner lieu à contr'enquête (Voy. *suprà*, § **837**), le demandeur est-il tenu de signifier à ses témoins la partie du jugement qui contient tous ces faits, ou seulement celle qui contient les faits de l'enquête? Voy., dans le premier sens, req. 18 mai 1840 (D. A. *v° cit.*, n° 274); dans le second, req. 24 nov. 1851 (D. P. 51. 1. 326).

§ **840**. [1] Cette règle s'applique en toute matière, notamment à l'enquête ordonnée en cas de vérification d'écriture (Paris, 10 févr. 1809, D. A. v° *Vérification d'écriture*, n° 80; Liège, 8 juill. 1811, D. A. *v° cit.*, n° 170; civ. cass. 8 mars 1816, D. A. v° *Enquête*, n° 142; req. 5 juill. 1869, D. P. 71. 5. 329; *contrà*, Nîmes, 2 avr. 1830, D. A. *v° cit.*, n° 177). Voy., sur cette enquête, t. II, § **800**.

[2] C'est-à-dire par trois ans, et quelquefois par trois ans et demi (Voy. le tome VII).

[3] Comp., sur cette défiance, *suprà*, § **820**. D'ailleurs l'aveu de la partie

d'une trop grande latitude pour suborner des témoins peu disposés d'abord à répondre suivant ses désirs, ou pour s'en procurer d'autres à prix d'argent quand les premiers qu'elle a produits ont trompé son attente[4]. Le délai pour commencer l'enquête est fixé tantôt par la loi tantôt par le tribunal : par la loi, quand l'enquête doit se faire au siège du tribunal qui l'a ordonnée ou dans un rayon de cinq myriamètres alentour ; par le tribunal, lorsqu'elle doit être faite à plus de cinq myriamètres de distance. Dans le premier cas, le demandeur a huit jours[5] pour commencer l'enquête, à compter de la signification du jugement à son avoué[6] : si ce dernier est décédé ou sorti de charge durant l'instance et non encore remplacé, le délai court à partir de la signification du jugement à personne ou à domicile[7]. Dans le second cas, le

qui a obtenu l'enquête jouit jusqu'au dernier jour du délai qui lui est imparti pour la commencer, et, s'il a attendu pour le faire jusqu'au dernier jour, il n'encourt, de ce chef, aucune responsabilité Besançon, 26 déc. 1882; D. P. 83. 2. 49).

[4] Périn, *op. cit.* Dans Locré, *op. cit.*, t. XXI, p. 616.

[5] Ce délai n'est pas franc et, par conséquent, le *dies ad quem* y est compté (Voy. t. II, § **516**, mais on n'y compte pas le *dies à quo* (Pau. 6 déc. 1809, D. A. *v° cit.*, n° 143; comp. t. II, § **517**), et je crois qu'il s'augmente à raison des distances (Voy., pour la démonstration, t. II, § **528**. Les jours fériés y sont compris, alors même qu'il expire un jour de fête légale (Civ. cass. 7 mars 1814, D. A. *v° cit.*, n° 144; voy. t. II, § **529**), et il n'est pas suspendu pendant les vacations (Civ. cass. 21 avr. 1812, Rouen, 15 juin 1818; D. A. *v° cit.*, n° 145) : si donc le juge-commissaire ne fait pas partie de la chambre des vacations, on demande son remplacement (Comp. *suprà*, § **836**). Voy., en sens contraire, Grenoble, 20 nov. 1812 (D. A. *v° et loc. cit.*).

[6] Voy., sur cette signification, *suprà*, § **838** : et, sur l'effet qu'elle a de faire courir le délai de l'enquête, Limoges, 22 juin 1822 (D. A. *v° cit.*, n° 134), Metz, 20 juill. 1826 (D. A. *v° cit.*, n° 138), req. 26 juill. 1848 (D. P. 48. 1. 244), civ. cass. 25 nov. 1851 (D. P. 54. 1. 400), Paris, 22 juill. 1852 (D. P. 53. 2. 8). Cet effet ne se produit que si le jugement signifié est régulier (Paris, 2 juin 1815, Bruxelles, 26 févr. 1824, D. A. *v° cit.*, n° 133; req. 5 juill. 1869, D. P. 71. 1. 329), et s'il désigne le juge-commissaire : dans le cas contraire, le délai ne court qu'à partir de la signification du jugement qui a réparé cette omission (Req. 26 févr. 1896; D. P. 96. 1. 233).

[7] « Si le jugement est rendu contre une partie qui n'avait point d'avoué, le « délai courra, dit l'article 257, du jour de la signification à personne ou domi- « cile ». Il s'agit ici d'un jugement contradictoire, puisqu'une autre partie du même article fixe le point de départ du délai dans l'hypothèse d'un jugement par défaut. Il faut donc supposer soit un des deux cas énoncés au texte, soit un jugement de défaut profit-joint, soit encore un jugement par défaut qui a débouté le défendeur d'une première opposition : toutes hypothèses où le jugement est contradictoire, bien que rendu contre une partie qui n'a pas d'avoué (Voy., sur ces deux derniers cas, le tome VI; et, sur cette question, Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 1002, Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*, Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 244, Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 484, Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 391).

tribunal fixe lui-même le délai dans lequel on devra commencer l'enquête, et le point de départ de ce délai[8] : pourvu qu'il n'accorde pas moins de temps que pour une enquête faite devant lui, c'est-à-dire moins de huitaine[9], il jouit d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire[10]. Toutes ces règles sont de rigueur, vu le motif d'intérêt supérieur qui les inspire[11] : le tribunal ne peut proroger ni les délais indiqués par la loi[12] ni ceux qu'il a lui-même fixés[13]; l'enquête et la contr'enquête ne peuvent, à peine de nullité[14], commencer après leur expiration[15]. Si le tribunal a omis d'indi-

[8] Bourges, 10 avr. 1826 (D. A. *v° cit.*, n° 173); 30 mai 1831 (D. A. *v° cit.*, n° 127). Req. 21 juill. 1836 (D. A. *v° cit.*, n° 174).

[9] Il est impossible d'admettre qu'on ait moins de temps pour commencer l'enquête à moins de cinq myriamètres du siège du tribunal, qu'à ce siège même ou à moins de cinq myriamètres.

[10] Req. 18 août 1836 (D. A. *v° cit.*, n° 165).

[11] Dijon, 20 mai 1881 (D. P. 83. 2. 58). Paris, 24 déc. 1895 (D. P. 96. 2. 88; S. 96. 2. 192). Cette rigueur est tempérée : 1° par la suspension du délai, dans le cas où il y a lieu à reprise d'instance (Voy. *infrà*, §§ **891** et suiv.); 2° par la possibilité de proroger le délai de l'enquête après qu'elle est commencée (Voy. *infrà*, § **848**); 3° par le droit qu'a le tribunal d'ordonner une nouvelle enquête, pour remplacer celle qui n'a pu être commencée en temps utile (Voy. *infrà*, § **852**). Le délai n'est pas suspendu par l'appel du jugement qui a ordonné l'enquête, si cet appel n'a porté que sur d'autres chefs du jugement (Paris, 24 déc. 1895; D. P. 96. 2. 88; S. 96. 2. 192); il ne l'est même pas par l'appel portant sur ce seul chef, si ce jugement a été déclaré exécutoire par provision (Voy. le tome VII; comp. Besançon, 24 févr. 1897, D. P. 98. 2. 166).

[12] Poitiers, 22 janv. 1834 (D. A. *v° cit.*, n° 202). Civ. rej. 30 déc. 1857 (D. P. 58. 1. 21). Colmar, 24 nov. 1864 (D. P. 65. 2. 12).

[13] Il peut seulement fixer plusieurs délais : un, pour faire entendre les témoins les plus rapprochés; un autre, pour produire les plus éloignés (Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 1006).

[14] L'article 257 édicte formellement cette nullité pour les enquêtes faites au siège du tribunal ou dans un rayon de cinq myriamètres : elle est opposable en tout état de cause, même en appel pour la première fois (Nancy, 15 janv. 1813, civ. cass. 13 nov. 1816, D. A. *v° cit.*, n° 130; civ. rej. 9 mars 1836, D. A. *v° cit.*, n° 289; Nîmes, 16 juill. 1849, D. P. 50. 5. 198; Nancy, 28 juin 1851, D. P. 51. 5. 215); mais elle est couverte si le défendeur a renoncé expressément ou tacitement à l'invoquer (Req. 5 juill. 1869; D. P. 71. 1. 329), et si le demandeur, auquel le tribunal a irrégulièrement accordé un trop long délai, a, au lieu d'en profiter, commencé l'enquête dans le délai légal (Poitiers, 22 janv. 1834, D. A. *v° cit.*, n° 202; civ. rej. 30 déc. 1857, D. P. 58. 1. 22). L'article 258 ne déclare pas nulle, pour avoir été commencée tardivement, l'enquête faite à plus de cinq myriamètres du siège du tribunal qui l'a ordonnée; mais cette nullité est substantielle (Voy. *suprà*, même §), et le silence de la loi ne doit pas empêcher de la prononcer (Rennes, 9 mai 1810, Liège, 2 juin 1827, Nîmes, 2 avr. 1830, Orléans, 11 nov. 1830, D. A. *v° cit.*, n° 177; comp., sur les nullités substantielles, t. II, § **502**). Le demandeur qui a fait dans le délai prescrit une enquête irrégulière, et déclarée nulle, est déchu du bénéfice du jugement, et ne peut procéder à une nouvelle enquête (Dijon, 20 mai 1881; D. P. 83. 2. 58).

[15] Quand l'article 257 dit que « les délais courent également contre celui qui « a signifié le jugement » — il en est de même, évidemment, de ceux de l'article

quer un délai dans un cas où il devait le faire, la partie la plus diligente l'invite par un simple acte à réparer cette omission[16]; mais l'enquête pour laquelle aucun délai n'a été fixé ne peut être regardée comme tardive, à quelque époque qu'elle ait commencé[17]. Si le tribunal a fixé un délai sans lui assigner un point de départ, il court, comme celui de la loi, à partir de la signification du jugement[18].

§ **841**. Le demandeur se met en règle avec ces exigences en obtenant l'ordonnance du juge-commissaire à l'effet d'assigner les témoins : l'enquête est réputée commencée le jour où cette ordonnance est rendue; les opérations sont régulières, si cette formalité a été accomplie dans la huitaine qui suit la signification du jugement ou le jour fixé par le tribunal. Le rapprochement des deux dates démontre, en cas de contestation, si l'enquête a été commencée à temps : le juge-commissaire doit donc ouvrir le procès-verbal d'audition des témoins par la mention de son ordonnance et du jour où il l'a délivrée[1]. Il résulte encore de là : 1° que le demandeur n'est pas maître de la situation et libre de commencer l'enquête en temps utile; il ne lui suffit pas de solliciter l'ordonnance, il faut qu'il l'obtienne[2], et un retard qu'il ne dépend

258 — il suppose que les deux parties ont des témoins à faire entendre, et, par suite, il circonscrit dans les mêmes délais le temps de l'enquête et celui de la contr'enquête (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 194; Grenoble, 11 déc. 1821, D. A. *v° cit.*, n° 130; Aix, 6 déc. 1837, D. A. *v° cit.*, n° 148; Paris, 13 janv. 1849, D. P. 49. 2. 138). Toutefois, le tribunal qui fixe le délai de l'enquête peut en indiquer un autre pour la contr'enquête, à raison de l'éloignement des témoins qui doivent y être entendus (Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 1008 *ter*; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*); et, s'il a omis de fixer un délai (Voy., sur cette hypothèse, *infrà*, même §), le fait que l'enquête a été commencée dans la huitaine n'emporte pas forclusion du droit de procéder à la contr'enquête (Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 1000; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*).

[16] Rennes, 4 févr. 1819 (D. A. *v° cit.*, n° 166). Civ. cass. 28 févr. 1838 (D. A. *v° cit.*, n° 169).

[17] Liège, 27 juin 1810; civ. cass. 28 févr. 1838; Bourges, 4 déc. 1839 (D. A. *v° et loc. cit.*). Req. 26 févr. 1896 (D. P. 96. 1. 233).

[18] Art. 257 et 258. Limoges, 27 déc. 1822; Metz, 3 mars 1826 (D. A. *v° cit.*, n° 171). Bourges, 10 avr. 1826 (D. A. *v° cit.*, n° 173). Aj., sur l'application des articles 257 et 258 en Algérie, Alger, 15 janv. 1895 (D. P. 96. 2. 318).

§ **841**. [1] Art. 259. Voy., sur ce procès-verbal, *infrà*, § **847**.

[2] La simple fixation d'un jour pour procéder à l'enquête n'équivaudrait pas à l'ordonnance portant permission d'assigner les témoins (Bruxelles, 18 déc. 1811 et 22 févr. 1821; D. A. *v° cit.*, n° 192).

pas de lui d'éviter peut entraîner la nullité des opérations[2] : la rigueur de la loi trouve, d'ailleurs, un correctif dans la responsabilité du juge-commissaire et dans la faculté de recommencer l'enquête[4]; 2° qu'une fois l'ordonnance rendue, le demandeur est à l'abri de cette cause de déchéance, car il n'est pas nécessaire que les témoins soient entendus ou même assignés dans la huitaine[5] : il suffit qu'ils soient assignés à la date fixée par le juge-commissaire, et entendus à l'expiration du délai de leur assignation[6]. Quant à ouvrir le procès-verbal de l'enquête au moment même où l'ordonnance est délivrée, l'article 259 n'en fait pas une obligation rigoureuse au juge-commissaire, et il a le droit d'attendre, pour le faire, que les premiers témoins puissent être entendus[7] : cela est, d'ailleurs, sans importance, puisque le commencement de l'enquête ne dépend pas de l'ouverture du procès-verbal[8]. L'article 259 dispose, enfin, que ces formalités ne profitent qu'à la partie qui les accomplit, et qu'en cas de contr'enquête le demandeur et le défendeur doivent, chacun de son côté, obtenir du juge-commissaire une ordonnance qui leur permette d'assigner leurs propres témoins[9].

§ **842**. VII. L'enquête commence au jour et à l'heure indiqués par le juge-commissaire[1]; il en ouvre le procès-verbal si ce n'est déjà fait[2]; elle se continue aux jour et heure par

[3] Bourges, 10 avr. 1826 (D. A. *v° cit.*, n° 173). Voy. cep. req. 9 avr. 1818; Metz, 7 juill. 1820 (D. A. *v° cit.*, n° 193).

[4] Voy., sur ces deux points, *infrà*, §§ **850** et **851**.

[5] Paris, 28 déc. 1813 (D. A. *v° cit.*, n° 190).

[6] Voy., sur ces deux points, *suprà*, même §.

[7] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 201. Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 266 et suiv. Paris, 28 déc. 1813 (D. A. *v° cit.*, n° 190). Caen, 10 nov. 1827 (D. A. *v° cit.*, n° 103).

[8] Paris, 15 mars 1841 (D. A. *v° cit.*, n° 191).

[9] C'est ce qu'exprime l'article 259 en ces termes : « L'enquête est censée commencée pour chacune des parties respectivement... le juge-commissaire ouvrira les procès-verbaux respectifs... » (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 459; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 487).

§ **842**. [1] Voy., sur cette fixation, le § précédent. Toutefois, l'enquête ne sera pas nulle si, toutes les parties étant présentes, les témoins sont entendus à une autre heure que celle qui a été fixée (Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1026; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*). Peut-on commencer l'enquête avant que le jugement qui l'ordonne ait été signifié à avoué, ainsi qu'il est dit *suprà*, § **838**? Voy., sur cette question, la note dans D. P. 92. 2. 151.

[2] Voy., sur ce point, le § précédent.

lui fixés, si tous les témoins ne peuvent être entendus le même jour, ou s'ils sont assignés à des jours différents[3]; il faut seulement qu'elle ne s'étende pas au-delà du terme qui sera fixé au § suivant[4]. Elle a lieu dans la chambre du conseil ou dans le cabinet du juge-commissaire[5], à moins que le tribunal n'ait ordonné d'y procéder sur le lieu contentieux[6], en présence du juge-commissaire assisté, comme toujours, du greffier qui tient la plume[7], des parties si elles jugent à propos de s'y trouver[8], de leurs avoués dont la présence n'est pas non plus indispensable[9], et de leurs avocats que l'article 105 du décret du 30 mars 1808 autorise cependant à y assister[10]. Les témoins assignés doivent, chacun au jour et à l'heure qui lui ont été fixés[11], répondre à l'appel du greffier et représenter la copie de leur assignation : celui qui ne produirait pas cette pièce montrerait un empressement suspect, et ne devrait être entendu qu'avec le consentement exprès de la partie adverse[12]. Les témoins défaillants sont réassignés à leurs frais[13], et condamnés par le juge-commissaire[14] à payer à la partie qui les

[3] Art. 267. Voy., sur ce point, *ib.*

[4] Comp. *ib.*

[5] Carré, *op. cit.*, t. II, § CCXX.

[6] Amiens, 29 déc. 1821 (D. A. *v° cit.*, n° 293). Dans ce cas, l'enquête faite dans un autre lieu serait nulle (Grenoble, 11 déc. 1821 ; D. A. *v° cit.*, n° 130). Voy., sur le cas où un témoin serait dans l'impossibilité de se présenter devant le juge-commissaire, *infrà*, même §.

[7] Voy., sur l'assistance du greffier à tous les actes du ministère du juge, t. I, § **209**.

[8] Voy., sur ce point, le § précédent.

[9] Caen, 27 août 1827 (D. A. *v° cit.*, n° 402). Rouen, 24 mars 1852 (D. P. 52. 2. 141). Orléans, 19 mars 1853 (D. P. 54. 2. 8). La partie que représente un avoué ne peut exiger qu'un autre mandataire par elle désigné assiste à l'enquête (Req. 9 déc. 1868; D. A. *v° cit.*, supp., n° 101).

[10] « Les avocats... portent dans toutes leurs fonctions, soit à l'audience, soit « au parquet, soit aux comparutions et aux séances particulières devant les com- « missaires, le costume prescrit » (Voy., sur ce point, Bruxelles, 22 nov. 1816, D. A. *v° cit.*, n° 279; Rouen, 26 déc. 1827, D. A. v° *Défense*, n° 249).

[11] Voy. le § précédent.

[12] Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1015. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 298. Paris, 6 mai 1811 (D. A. v° *Enquête*, n° 269). Limoges, 4 juill. 1827 (D. A. *v° cit.*, n° 102). Bourges, 22 mai 1829 (D. A. *v° cit.*, n° 397). Civ. cass. 25 juin 1839 (D. A. *v° cit.*, n° 613). Civ. rej. 25 avr. 1849 (D. P. 49. 1. 108). Civ. rej. 17 avr. 1867 (D. P. 67. 1. 267).

[13] C'est-à-dire que les frais de cette réassignation ne passeront pas en taxe, et resteront à leur charge.

[14] Cette ordonnance est exécutoire nonobstant opposition ou appel (Art. 263; voy., sur ce point, le tome VI).

a assignés en vain une somme de 10 francs[15], pour réparation du préjudice que leur défaut est présumé lui causer[16]; le juge-commissaire peut y ajouter une amende de 100 francs[17]. S'ils font encore défaut après avoir été réassignés, ils encourent une nouvelle amende de 100 francs[18], qui n'est plus facultative comme la première mais obligatoire[19], et le juge-commissaire y ajoute s'il le veut, un mandat d'amener, en vertu duquel tout agent de la force publique pourra, sur tout le territoire de la République, les sommer de se présenter à l'enquête, et, au besoin, les y contraindre en requérant la force publique du lieu le plus voisin[20]. Celui qui prouve qu'il n'a pu se rendre devant le juge-commissaire au jour indiqué, est déchargé, après sa déposition[21], des dommages-intérêts, de l'amende, et des frais de la réassignation[22]. S'il a fourni d'avance la preuve de cette impossibilité, le juge-commissaire

[15] L'article 263 dit : *qui ne pourra être moindre de 10 francs;* mais les peines pécuniaires ne sont plus arbitraires, et le minimum de 10 francs doit servir en même temps de maximum (Voy. t. II, § **506**).

[16] Cette espèce de forfait déroge aux articles 1382 et 1383 du Code civil, aux termes desquels les dommages-intérêts ne sont dus qu'à celui qui justifie d'un préjudice éprouvé, mais représentent tout le dommage qui a été la suite immédiate et directe de la faute (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 290, Carré, *op. cit.*, t. III. quest. 1034, Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*, Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 491 ; aj., sur la fixation des dommages-intérêts dans le cas des articles 1382 et 1383 du Code civil, Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 748 et 755, Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur les art. 1382 et 1383, n°s 26 et suiv.).

[17] L'article 263 dit : *qui ne pourra excéder la somme de 100 francs,* mais ces 100 francs sont en même temps le minimum suivant le principe rappelé *suprà*, note 15. Cette amende est facultative, par exception au principe posé par l'article 1029 (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 290 ; Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1033 ; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*: voy., sur l'article 1029, t. II, §§ **530** et suiv.).

[18] *Et par corps* dit l'article 264 abrogé, sur ce point, par la loi du 22 juillet 1867 qui a supprimé la contrainte par corps (Voy. le tome IV).

[19] Et prononcée d'office (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 305 ; Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1046 ; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*).

[20] Voy., sur le mandat d'amener, C. instr. crim., art. 40, 95, 97 et suiv. Dans l'espèce, il est décerné d'office (Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1047 ; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*), et ne peut se convertir en mandat de dépôt (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 304). Voy., sur le mandat de dépôt en vertu duquel un individu est détenu dans la maison d'arrêt, C. instr. crim., art. 100.

[21] Il faut d'abord qu'il dépose (Art. 265 ; Carré, *op. cit.*, t. II, n° CCXXIII ; voy., sur l'obligation de déposer, *suprà*, § **833**).

[22] L'article 265 ne parle que de l'amende et des frais de la réassignation, mais il n'y a aucun motif pour laisser les dommages-intérêts à la charge du témoin qui n'est pas en faute ; la faute ou, tout au moins, la négligence sont la condition essentielle des dommages-intérêts dus en vertu d'un délit ou d'un quasi-délit (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 746 et 754).

lui accorde un délai[23], ou se transporte auprès de lui avec le greffier[24] pour recevoir sa déposition[25]; s'il est trop éloigné, le président du tribunal du lieu où il se trouve est commis pour recevoir sa déposition[26], et le greffier de ce tribunal transmet le procès-verbal au juge-commissaire[27]. Quant aux incidents contentieux qui peuvent s'élever devant ce dernier, il n'a pas qualité pour en connaître : il doit en renvoyer le jugement au tribunal[28], et l'on trouvera au § **846** plusieurs applications de cette règle[29].

§ **843**. Les articles 262, 271 à 274, 276 et 277 règlent ainsi qu'il suit les détails de l'audition des témoins[1]. Avant tout, et à peine de nullité, le juge-commissaire demande à chacun d'eux ses nom et prénoms[2], sa profession, son âge et sa demeure, s'il est parent ou allié des parties et à quel degré, ou attaché à leur service[3]; puis il lui fait prêter serment, et l'invite à déposer sur les faits admis en preuve[4].

[23] « Un délai suffisant qui, néanmoins, ne pourra excéder celui fixé par l'en-« quête » (Art. 266; voy., sur ce point, le § précédent).

[24] Voy., sur ce point, *suprà*, même §, et le principe posé t. I, § **209**.

[25] La présence des parties n'est indispensable que dans le cas où elles croient devoir assister à l'enquête (Voy. le § précédent).

[26] Peut-il déléguer un autre membre du tribunal, alors même que l'ordonnance du juge-commissaire aurait omis de le rappeler? Voy. Rennes, 11 mars 1869 (D. P. 70. 2. 204; comp. *suprà*, § **836**; aj., sur la forme de ces commissions rogatoires et de l'audition des témoins devant le magistrat commis, Riom, 24 mai 1892, D. P. 93. 2. 85, S. 95. 2. 294).

[27] « Sauf à lui à prendre exécutoire pour les frais contre la partie à la re-« quête de qui le témoin aura été entendu » (Art. 266; voy., sur cette formalité, *infrà*, § **1206**). Aj., sur le cas particulier où le témoin est ministre, conseiller d'Etat, ambassadeur, agent diplomatique, général, préfet ou grand'croix de la Légion d'honneur, C. instr. crim., art. 510 et suiv.; L. 20 therm. an IV, art. 8 et suiv.; L. 21 fruct. an VII, art. 1; D. 4 mai 1812, art. 1 et suiv.

[28] Civ. cass. 13 mai 1884 (D. P. 84. 1. 401).

[29] Art. 263 à 266.

§ **843**. [1] L'article 262 dispose qu'ils seront entendus séparément tant en présence qu'en l'absence des parties, c'est-à-dire que les parties peuvent être présentes (Voy. *infrà*, § **845**), mais que leur présence n'est pas indispensable : il n'y a pas nullité non plus si un témoin reproché a assisté à la déposition des autres sur les faits allégués à l'appui du reproche (Voy., sur ces deux points, req. 15 juin 1892; D. P. 92. 1. 596; S. 93. 1. 281).

[2] L'article 262 dit *leurs noms*. Ce pluriel signifie le nom et les prénoms (Comp. art. 61-1°; t. II, § **577**).

[3] Voy., sur cette formalité et sur la peine de nullité qui y est attachée, civ. rej. 5 flor. an XI (D. A. *v° cit.*, n° 269); Rennes, 21 janv. 1813 (D. A. *v° cit.*, n° 300).

[4] L'enquête ne peut, à peine de nullité, porter que sur ceux-là (Req. 9 mai 1894; D. P. 94. 1. 374), mais le juge-commissaire ne peut empêcher les témoins de s'expliquer sur les circonstances caractéristiques de ces faits, et le tribunal a

§ **844**. A. Chaque témoin, avant d'être entendu, prête serment de dire « la vérité »[1] : c'est une formalité substantielle, prescrite à peine de nullité[2], et à laquelle il ne peut se refuser sans encourir les peines indiquées au § précédent[3]. Cela ne fait question que pour les mineurs de quinze ans, auxquels on peut certainement faire prêter serment s'ils sont d'âge et d'intelligence à en comprendre la gravité[4], mais qui peuvent être entendus sans que le défaut de serment entraîne la nullité de leur déposition : cela résulte à la fois de l'article **285**, qui montre chez le législateur l'intention de ne pas les assimiler aux témoins proprement dits[5], et de l'article 79 du Code d'instruction criminelle, applicable ici par analogie, aux termes duquel ils peuvent être entendus « par forme de « déclaration et sans prestation de serment »[6]. Le serment des

le droit d'asseoir son jugement sur le résultat des dépositions qu'ils ont faites à ce sujet (Req. 5 août 1890; S. 94. 1. 15).

§ **844**. [1] C'est la formule dont se sert l'article 262. Devant le juge d'instruction et le tribunal de police correctionnelle ou de simple police, les témoins jurent de dire « toute la vérité, rien que la vérité » (C. instr. crim., art. 75, 155 et 189); devant la cour d'assises, ils jurent de « parler sans haine et sans « crainte, de dire toute la vérité, rien que la vérité » (C. instr. crim., art. 317). Voy., sur ce point, Lessona, *La lettura della formula del giuramento* (dans *La procedura*, année 1897, p. 561 et suiv.); crim. cass. 2 juill. 1896 et 28 janv. 1897 (D. P. 97. 1. 165).

[2] Civ. cass., 19 oct. 1896 (D. P. 97. 1. 606, S. 96. 1. 520). Le serment des témoins qui déposent devant les tribunaux criminels est prescrit à peine de nullité (C. instr. crim., art. 155, 189 et 317); il n'est pas douteux qu'il en soit de même en matière civile (Civ. cass. 25 avr. 1876, D. P. 77. 1. 30; civ. cass. 26 juin 1889, S. 91. 1. 301; civ. cass. 21 avr. 1891, S. 91. 1. 260; civ. cass. 21 mars 1893, D. P. 93. 1. 384, S. 93. 1. 176; civ. cass. 6 nov. 1895, D. P. 96. 1. 87, S. 96. 1. 520; civ. cass. 19 oct. 1896, D. P. 97. 1. 606, S. 96. 1. 520). Il a cependant été jugé que la déposition d'un témoin qui n'a pas prêté serment peut être invoquée, à titre d'indice, dans une affaire où les présomptions de l'homme peuvent faire preuve (Voy. t. II, § **726**), et en spécifiant dans le jugement que cette déposition n'est admise que pour confirmer d'autres preuves, et non pas comme faisant à elle seule une preuve complète (Req. 11 juin 1884, D. P. 84. 1. 320; civ. cass. 26 juin 1889, D. P. 90. 1. 135). L'audition d'un témoin non assermenté n'entraîne pas, en matière criminelle, la nullité de l'instruction, mais seulement une amende contre le greffier et, le cas échéant, la prise à partie contre le juge (C. instr. crim., art. 77; voy., sur les cas de prise à partie, t. I, § **144**).

[3] Voy. *suprà*, § **833**.

[4] Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1121. *Contrà*, Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 397.

[5] « Pourront les individus âgés de moins de quinze ans révolus être entendus, « sauf à avoir à leurs dépositions tel égard que de raison » (Voy., sur la valeur de ces expressions qui n'ont pas, en réalité, la portée que le législateur a voulu leur donner, *infrà*, § **853**).

[6] Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 376. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 503.

témoins soulève des questions d'un ordre plus élevé, car elles intéressent la liberté de conscience : les unes sont depuis longtemps résolues; les autres ont surgi il y a une quinzaine d'années. On s'est d'abord demandé si les Israélites d'Alsace, de Lorraine et d'Algérie, dits talmudistes, qui jurent la tête couverte et la main posée sur le Pentateuque[7], ont le droit de prêter serment *more judaïco*, et s'ils peuvent y être contraints. Il a été répondu que quiconque ne professe pas la religion catholique a le droit de jurer suivant le rite particulier prescrit par son culte[8], mais qu'il peut le faire aussi dans la forme commune à tous les Français, car c'est lui faire injure que de prétendre, malgré ses protestations, que sa conscience n'est pas liée par un tel serment[9]. La même question s'est posée pour les Musulmans qui jurent sur le Coran[10] : la jurisprudence l'a tranchée dans le même sens[11]. Puis sont venus les quakers à qui leur religion défend de prêter serment : il a été décidé qu'on n'a pas le droit de les y contraindre, et qu'on ne peut exiger d'eux qu'une affirmation « en leur âme et conscience »[12]. Le principe, largement appliqué, de la liberté des cultes[13] avait suffi à résoudre ces difficultés, quand des jurés, se disant libres-penseurs, ont refusé le serment pour ne pas se prêter à un acte religieux contraire à leurs convictions, et l'importance exagérée que certaines personnes ont donnée à ces manifestations a pu faire craindre que des témoins cités en matière criminelle, et même en matière civile, ne se sentissent encouragés à prendre la même attitude. Le pouvoir législatif a même cru devoir proposer d'enlever au serment, en en modifiant la formule, le caractère religieux

[7] Merlin, *op. cit.*, v° *Affirmation*, n° 1.

[8] Bonnier, *Des preuves*, n° 421. *Note* dans D. P. 70. 1. 199.

[9] La question s'est posée au sujet du serment décisoire (Voy. *infrà*, § **886**), mais elle devrait être résolue de même si elle se présentait à propos du serment des témoins.

[10] Khalil-ben-Ishak, *Précis de droit musulman*, trad. Perron (Paris, 1848-1849), t. II, p. 180.

[11] Crim. cass. 16 déc. 1875 (D. P. 77. 1. 413).

[12] Cette solution, donnée pour le serment décisoire (Voy. *infrà*, § **886**), est parfaitement applicable dans l'espèce.

[13] Déclaration des droits de l'homme, 22 août 1789, art 10. D. 24 déc. 1790, art. 1.

que la tradition[15] et l'opinion presque unanime des jurisconsultes[15] lui ont toujours attribué[16]; mais, la jurisprudence ayant appliqué, dans ce cas, l'amende portée par l'article 396 du Code d'instruction criminelle contre le juré qui n'est pas à son poste, et annulé l'arrêt rendu sur le verdict de jurés qui n'avaient pas tous prêté serment dans la forme prescrite par l'article 312 du même Code[17], ce mouvement, d'ailleurs factice, n'a pas tardé à s'arrêter, le projet de loi qui prétendait lui donner satisfaction n'a pas abouti, et cette question s'est éteinte d'elle-même[18].

§ **845**. B. Les témoins déposent oralement[1] : la lecture d'un projet de déposition écrite leur est défendue à peine de nullité[2].

[15] *Affirmatio religiosa* (Cicéron, *De officiis*, liv. III, ch. XXIX). Pothier, *op. cit.*, n° 103. Voy., pour plus de détails, la *Loi* du 24 avril 1882 (P. 385).

[15] Favard de Langlade, *op. cit.*, v° *Serment*, sect. III, § I, n° 26. Toullier, *op. cit.*, t. X, n° 343. Duranton, *op. cit.*, t. XIII, n° 565. Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 558. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 181. Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1357, n° 6. Bonnier, *op. cit.*, n° 406. Larnaude, sur Bonnier, *op. cit.*, n° 422. Migneret, *Du serment judiciaire* (Dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, nouv. sér., t. I, 1871-1872, p. 668 et suiv.), Ces auteurs invoquent, notamment, en ce sens, cette circonstance que, lors des travaux préparatoires du Code civil, le conseil d'État a substitué le mot *serment* au mot *affirmation judiciaire*, dont la commission de rédaction s'était servie (Locré, *op. cit.*, t. XII, p. 129 et suiv.) ; 2° ce passage de Favard, dans son Rapport au Tribunat : « Le juge (en déférant le serment) aura fait tout ce qu'il aura pu en « appelant la religion au secours de la justice » (Dans Locré, *op. cit.*, t. XII, p. 541). On ajoute, dans cette opinion, qu'*affirmation* avait été laissé par erreur, au lieu de *serment*, dans l'article 1781, aujourd'hui abrogé, du Code civil (Voy., sur cet article, t. II, § **719**, note 5).

[16] Voy., sur les vicissitudes du projet de loi déposé en 1882 au nom du Gouvernement par M. Humbert, garde des sceaux (*Journal officiel* de 1882 ; *Débats de la Chambre des députés*, p. 346), la 1re édition de ce Traité, t. II, § **335**.

[17] Civ. rej. 20 mai 1882 (D. P. 82. 1. 388 ; voy., sur les faits qui ont provoqué cet arrêt, Jullien, *Rapport à la Chambre des députés*, *Journal officiel* de 1882, Chambre des députés, Documents parlementaires, p. 1531). Crim. rej. 7 juill. 1892 (S. 92. 1. 428).

[18] Aussi me borné-je à renvoyer pour plus de détails à la 1re édition de ce Traité, *loc. cit.*

§ **845**. [1] Même dans les procès qui s'instruisent sur mémoires, comme en matière de contributions indirectes (Voy., sur ces procès, t. III, § **983**). Voy., pour les témoins qui ne parlent pas français, Metz, 18 juin 1817 (D. A. v° *Enquête*, n° 199) ; et, pour les sourds-muets, Nîmes, 21 août 1821 (D. A. v° *cit.*, n° 264).

[2] Ils ne peuvent pas non plus se référer à des déclarations antérieures (Montpellier, 15 déc. 1830 ; D. A. v° *cit.*, n° 375) ; mais, s'ils ont indiqué des chiffres, dans leur déposition orale, ils peuvent ensuite, avec l'autorisation du juge-commissaire, les préciser dans une note écrite (Crim. cass. 26 janv. 1884 ; D. A. v° *Témoins*, supp., n° 8).

Ils déposent sans être interrompus[3], et c'est seulement lorsqu'ils ont fini de s'expliquer que des questions leur sont adressées, non par les parties — elles ne peuvent les interpeller ni pendant ni après leur déposition, à peine de 10 francs d'amende[4] et d'exclusion en cas de récidive[5] — mais par le juge-commissaire, qui peut, soit d'office soit à la demande[6] des parties ou de l'une d'elles[7], poser aux témoins les questions qu'il juge convenables, ou leur demander les éclaircissements qu'il croit utiles[8]. La déposition, l'interrogatoire qui la complète, et, s'il y a lieu, le refus de répondre pour cause de secret professionnel[9], sont consignés au procès-verbal dont il sera parlé au § **847** ; ils sont lus au témoin ; le juge-commissaire lui demande s'il y persiste[10] ; s'il fait des changements et additions, le greffier les écrit à la

[3] Le juge-commissaire peut seulement leur lire séparément les chefs du jugement sur lesquels ils doivent être interrogés, et les faire déposer à part sur chacun d'eux (Montpellier, 26 avr. 1831 ; D. A. *v° cit.*, n° 554).

[4] « Et de plus forte amende » dit l'article 276. Le principe des peines de la fixité (Voy. t. II, § **506**) enlève à ces mots toute utilité.

[5] « Ce qui sera prononcé par le juge-commissaire ; ses ordonnances seront « exécutoires nonobstant appel ou opposition » (Art. 276 ; voy., sur ce dernier point, le tome VI). Aj. Dramard, *De la diffamation envers les témoins* (dans la *France judiciaire*, t. XII, 1888, I^e^ part., p. 53 et suiv.).

[6] Les parties peuvent s'adresser de vive voix au juge-commissaire, ou lui remettre des questions écrites (Req. 5 mars 1829 ; D. A. *v° cit.*, n° 314).

[7] L'article 276 dit *la partie ;* mais, comme la défense d'interpeller les témoins s'adresse à chaque partie, le droit de les faire interroger appartient également à l'une et à l'autre (Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 300).

[8] Voy., sur l'application de cette règle, req. 5 févr. 1811, Bruxelles, 8 nov. 1828, Liège, 22 nov. 1831 (D. A. *v° cit.*, n° 316) ; req. 4 févr. 1836 (D. A. v° *Obligations*, n° 112) ; Bourges, 6 juill. 1840 (D. A. v° *Enquête*, *loc. cit.*) ; Rouen, 9 mars 1870 (D. P. 71. 2. 198). Le juge-commissaire n'est pas tenu de poser aux témoins, même sur la demande des parties, des questions qu'il jugerait inutiles ou inconvenantes (Bordeaux, 3 janv. 1855 ; D. A. *v° cit.*, supp., n° 112). De plus, les témoins ne peuvent être interrogés qu'une seule fois (Paris, 3 août 1892 ; D. P. 92. 2. 550), même après une prorogation d'enquête (Trib. de Perpignan, 14 mars 1894 ; D. P. 95. 2. 8), à moins qu'il ne s'agisse de faits postérieurs à leur première déposition (Amiens, 17 mars 1882 ; D. A. *v° cit.*, supp., n° 132).

[9] Voy. *suprà*, § **833**.

[10] Les témoins dictent eux-mêmes leur déposition au greffier, qui l'écrit telle quelle ; le juge-commissaire ne peut la dicter à leur place que s'ils sont incapables de le faire. Dans quelle mesure ont-ils le droit de la corriger ? S'ils prétendent que le greffier a mal rendu leur pensée, et que le juge-commissaire ne veuille pas faire droit à leur réclamation, ils peuvent refuser de signer leur déposition (Voy., sur ce point, Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 1074 ; sur le refus de signer le procès-verbal, le § suivant ; et, sur la manière de recueillir les dépositions, la proposition de loi déposée par M. Michelin à la Chambre des députés, le 25 juin 1896 en vue de rendre obligatoire, à cet effet, l'emploi de la sténographie, *Journal officiel de 1896*, Documents parlementaires de la Chambre des députés, n° 1960).

suite ou en marge de sa déposition, et lui en donne lecture[11]. Cette déposition et les changements ou additions qu'il y a faits sont signés par lui, par le juge-commissaire, et par le greffier; s'il ne peut ou ne veut signer, il en est fait mention[12]. Ces dernières formalités sont requises à peine de nullité[13]. Enfin, le juge-commissaire demande au témoin s'il requiert la taxe, c'est-à-dire l'indemnité de déplacement qui lui est due; s'il la requiert, elle est faite sur la copie de son assignation, et le procès-verbal en fait mention, ou constate son refus de la demander[14].

§ **846**. Deux complications peuvent se produire : 1° il est incapable; 2° une cause de reproche existe contre lui[1]. Dans le premier cas, le juge-commissaire déclare, à la demande de la partie intéressée ou même d'office, que le témoin ne sera pas entendu; si l'incapacité est contestée, l'incident est mentionné au procès-verbal pour que le tribunal y statue ultérieurement[2]. Dans le second cas, le reproche est proposé en termes précis et circonstanciés[3] par la partie qui, exceptionnellement, agit ici en personne[4], ou par son avoué en vertu du mandat général qu'il a reçu pour la conduite du procès[5], ou par son avocat muni d'un pouvoir spécial[6]. Cela peut se

[11] Il ne signe qu'une fois la copie de sa déposition, les changements ou additions qui la suivent, et les réponses qu'il a faites aux questions du juge-commissaire (La Haye, 20 mars 1829; D. A. *v° cit.*, n° 405); mais, s'il peut signer, il faut qu'il le fasse, et une croix ne peut remplacer sa signature (Bruxelles, 27 janv. 1807; D. A. *v° cit.*, n° 325).

[12] Colmar, 4 mars 1817 (D. A. v° *Obligations*, n° 3552).

[13] Voy., pour l'application de cette peine, les notes qui précèdent.

[14] Cette formalité n'est pas requise à peine de nullité; et, comme elle n'est pas substantielle, son omission est sans influence sur la validité de l'enquête (Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 1072). Aux termes de l'article 277, la mention de la taxe sur la copie de l'assignation du témoin vaudra exécutoire (Voy., sur le sens de cette expression, t. III, § **1206**).

§ **846**. [1] Aj., sur le cas où il n'a pas été régulièrement assigné, *suprà*, § **839**.

[2] Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 1055; t. III, quest. 1102. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 499. Aj. le § suivant.

[3] Voy. *suprà*, § **830**.

[4] Voy., sur ce point, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 390; Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 380 et suiv. Comp. t. I, § **217**.

[5] Il n'a donc pas besoin d'un pouvoir spécial (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 389; Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 1064; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 378; Besançon, 25 mars 1822, D. A. v° *Enquête*, n° 549; voy., sur le mandat général de l'avoué, t. I, § **220**).

[6] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 391.

faire avant ou après le serment du témoin[7], mais seulement avant qu'il ait été entendu, car il n'est pas permis de se réserver jusqu'après sa déposition pour invoquer son témoignage s'il est favorable, et l'écarter, dans le cas contraire, par des objections trop intéressées pour n'être pas suspectes[8]. Les causes de reproche dont il y a preuve écrite, et qu'en outre on ne connaissait pas d'abord, sont les seules qu'on puisse invoquer après la déposition. Le témoin[9] reprochable et non reproché est entendu, car les reproches, à la différence des incapacités, ne peuvent être opposés d'office[10]. On entend même le témoin reproché, car il n'appartient pas

[7] Colmar, 26 juill. 1814 (D. A. *v° cit.*, n° 545).

[8] Cette règle s'applique à toutes les causes de reproche, sans distinction (Rennes, 13 juin 1814, D. A. *v° cit.*, n° 547; req. 17 juin 1839, D. A. *v° cit.*, n° 530). Faut-il, à peine de déchéance, offrir immédiatement de prouver le reproche par témoins, et indiquer les témoins qu'on veut faire entendre à l'appui? Ou bien est-il temps d'offrir cette preuve et de fournir cette indication devant le tribunal, après la clôture de l'enquête (Comp., sur cette partie de la procédure, *infrà*, § **853**)? Voy., dans le premier sens, Orléans, 4 avr. 1810 (D. A. *v° cit.*, n° 553), Rennes, 4 juill. 1814 (D. A. *v° cit.*, n° 475), Toulouse, 22 juin 1831 (D. A. *v° cit.*, n° 553), req. 24 mars 1846 (D. P. 46. 1. 367); dans le second. Montpellier, 26 avr. 1831, Limoges, 26 avr. 1838 (D. A. *v° cit.*, n° 551), Pau, 10 juill. 1872 (D. A. *v° cit.*, supp., n° 256), Grenoble, 10 mai 1892 (D. P. 94. 2. 62).

[9] La cour de Paris a jugé, le 4 novembre 1865, qu'il n'est pas nécessaire que cette preuve soit offerte devant le juge-commissaire, et que c'est seulement devant le tribunal, et après l'enquête, qu'elle doit être fournie (D. P. 66. 5. 459); mais la cour de Toulouse a décidé très justement, suivant moi, que les causes de reproche qui étaient connues avant la déposition ne peuvent être invoquées après, fussent-elles justifiées par écrit, attendu qu'en ne les faisant pas valoir plus tôt la partie a tacitement renoncé au droit d'en user (Toulouse, 9 déc. 1863; D. P. 64. 2. 83). Une question plus délicate est de savoir si les causes de reproche inconnues de la partie avant la déposition du témoin, et non justifiées par écrit, peuvent être invoquées après qu'il a déposé. L'article 282 me paraît s'y opposer formellement, et cette décision, à coup sûr rigoureuse, s'explique par la crainte qu'a eue le législateur de voir une partie chercher à tout prix, après l'audition d'un témoin qui a déposé contre elle, la preuve d'un reproche de nature à faire écarter cette déposition. J'ajoute que, si l'opinion contraire était admise, l'article 282 : « Aucun reproche ne sera proposé après la dépo-« sition s'il n'est justifié par écrit, » n'aurait plus d'application : il n'a pas trait aux causes de reproche connues avant la déposition qui, même justifiées par écrit, sont non-recevables (Voy. *suprà*, même note); il faut donc qu'il s'applique à celles qui n'ont été connues qu'après (Voy., en ce sens, Riom, 28 nov. 1828, D. A. *v° cit.*, n° 509, Toulouse, 25 août 1852, D. P. 54. 2. 118; et, en sens contraire, Poitiers, 10 mai 1825, D. A. *v° cit.*, n° 548, Colmar, 19 nov. 1841, D. A. *v° cit.*, n° 487; aj. trib. de Châteauroux, 13 mai 1884, D. P. 85. 2. 195).

[10] Cela résulte de l'article 270 comparé avec l'article 268 : « Les reproches « seront proposés par la partie ou par son avoué... » (Art. 270); « nul ne pourra « être assigné comme témoin s'il est... » (Art. 268). Voy. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 392; Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 1062; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* On verra d'ailleurs, au § **853** que cette interdiction concerne aussi bien le tribunal que le juge-commissaire, et l'on n'a pas oublié qu'en cela réside l'intérêt de ne pas confondre les incapacités et les reproches (Voy. *suprà*, § **828**).

au juge-commissaire d'apprécier le mérite des objections portées contre lui, ou même d'en exiger la preuve[11]. Le procès-verbal mentionne seulement les allégations de la partie et les explications du témoin, et c'est au tribunal, comme on le verra au § **853**, de tirer des unes et des autres les conséquences qu'elles comportent[12].

§ **847**. Le procès-verbal de l'enquête, dressé par le greffier sous les yeux et sur les indications du juge-commissaire[1], relate, à peine de nullité, le jour et l'heure de chaque séance, la comparution ou le défaut des parties et des témoins, la représentation des assignations données à ces derniers, le renvoi de leur audition à un autre jour, leurs déclarations, et les divers incidents auxquels elles ont donné lieu[2]. La jurisprudence atténue, d'ailleurs, la rigueur de cette règle; il a été jugé, par exemple : 1° que le procès-verbal est valable, s'il énonce les noms, profession, âge et demeure des témoins, quand même il n'indiquerait pas qu'ils les ont eux-mêmes ainsi déclarés[3]; 2° qu'il n'est pas nécessaire d'y mentionner la présence des parties en personne, mais seulement celle de leurs avoués[4]; 3° qu'on présumera jusqu'à preuve contraire, dans le silence du procès-verbal, que les témoins ont déposé oralement[5]; 4° que, si le procès-verbal mentionne l'observation de chacune des formalités légales, il est inutile de le clore par une mention générale qui rappelle l'accomplissement de toutes ces prescriptions[6]; 5° qu'il suffit même que le procès-verbal fournisse la preuve qu'elles ont été accomplies, et qu'il n'est pas nécessaire d'en faire mention

[11] Voy., sur ce dernier point, *suprà*, notes 8 et 9.
[12] Art. 270, 282 et 284.

§ **847**. A quel moment doit-il être ouvert? Voy. *suprà*, § **841**.
[2] Art. 261, 262, 269 à 275 et 277. Civ. cass. 21 avr. 1891 (S. 91. 1. 260). Civ. cass. 21 mars 1893 (D. P. 93. 1. 384; S. 93. 1. 176). Civ. cass. 6 nov. 1895 (D. P. 96. 1. 87; S. 96. 1. 520). Civ. cass. 19 oct. 1896 (D. P. 97. 1. 606; S. 96. 1. 520).
[3] Bruxelles, 5 janv. 1809 (D. A. *v° cit.*, n° 74). Limoges, 1er août 1814 (D. A. *v° cit.*, n° 307). Bourges, 10 juin 1831 (D. A. *v° cit.*, n° 225).
[4] Bruxelles, 9 mai 1838 (D. A. *v° cit.*, n° 519).
[5] Metz, 19 avr. 1811 (D. A. *v° cit.*, n° 129). Limoges, 1er août 1814; Rennes, 11 avr. 1815, 12 mars 1816 et 23 févr. 1820; Caen, 4 août 1827 (D. A. *v° cit.*, n° 307). *Contrà*, Rennes, 28 juill. 1814, Orléans, 10 janv. et 13 avr. 1821 (D. A. *v° cit.*, n° 308); Limoges, 4 juill. 1827, Orléans, 17 août 1839 (D. A. *v° cit.*, n° 102).
[6] Caen, 27 août 1827; req. 9 déc. 1828 (D. A. *v° cit.*, n° 402). *Contrà*, Poitiers, 22 avr. 1830 (D. A. *v° et loc. cit.*).

en termes exprès[7]. A plus forte raison — aucune difficulté ne peut s'élever sur ce point — la mention au procès-verbal de la demande de taxe, de la taxe elle-même, ou du refus de la demander n'est-elle pas une formalité irritante, car elle n'est ni substantielle ni requise par la loi à peine de nullité[8]. Le procès-verbal se termine, mais cette fois à peine de nullité, par la signature du juge-commissaire, du greffier et des parties, ou, pour celles-ci, par la mention qu'elles n'ont pu ou voulu signer[9]. Il va sans dire qu'il constitue un acte authentique et solennel, et qu'il n'est, par conséquent, permis ni de l'attaquer sans s'inscrire en faux[10], ni de chercher en dehors de lui la preuve que les formes légales ont été observées[11].

§ **848**. VIII. Ce n'est pas tout que de commencer l'enquête dans les délais fixés au § **840** : on n'a qu'un temps limité pour accomplir toutes ces formalités. « L'enquête sera res-« pectivement parachevée dans la huitaine de l'audition des « premiers témoins, à peine de nullité, si le jugement qui l'a « ordonnée n'a fixé un plus long délai » : ainsi dispose l'article 278, semblable aux articles 257 et 258, et inspiré par les mêmes motifs[1].

Cette huitaine, qui n'est pas franche[2], ne court pas à partir

[7] Poitiers, 31 déc. 1822 (D. A. *v° cit.*, n° 394). Grenoble, 27 août 1829 (D. A. *v° cit.*, n° 361). *Contrà*, Turin, 27 avr. 1813 (D. A. *v° cit.*, n° 404); Dijon, 6 févr. 1893 (D. P. 93. 2. 184). Voy. aussi, sur cette question, civ. cass. 10 mai 1887 (D. P. 87. 1. 492); Bourges, 8 juin 1887 (D. P. 88. 2. 195); civ. cass. 15 juill. 1889 (D. P. 89. 5. 416).

[8] Voy., sur cette formalité, Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 1086; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*

[9] Cette partie du procès-verbal est nécessairement la dernière, car, si elle se trouvait dans le corps de l'acte, elle ne prouverait pas que les personnes dont la présence à l'enquête est indispensable y aient assisté jusqu'à la fin (Toulouse, 5 déc. 1821, D. A. *v° cit.*, n° 405; Limoges, 4 juill. 1827, D. A. *v° cit.*, n° 102). D'ailleurs, la signature des parties ne porte aucun préjudice à leurs droits, et elles demeurent recevables à discuter l'enquête et à en demander, au besoin, la nullité (Civ. cass. 31 janv. 1826, D. A. v° *Exceptions*, n° 327; Bordeaux, 24 janv. 1832, D. A. v° *Enquête*, n° 406).

[10] Nancy, 3 août 1826 (D. A. *v° cit.*, n° 407). Comp., sur les conditions et les effets de l'authenticité, t. II, § **705**.

[11] Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 1069. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Trib. de Cosne, 30 juin 1886 (D. P. 85. 1. 73). Dijon, 6 févr. 1893 (D. P. 93. 2. 184). C'est l'application du principe général posé t. II, § **609**.

§ **848**. [1] Voy. *suprà*, § **840**.

[2] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 460; comp. *suprà, ib.* Le *dies à quo* n'y est pas compté, suivant le droit commun (Rennes, 11 mars 1869, D. P. 70. 2. 204;

de l'ordonnance du juge-commissaire qui a permis d'assigner les témoins, car ils ont un certain délai pour comparaître[3], et le temps de l'enquête ne peut courir avant qu'ils aient pu s'y présenter[4]. Cependant l'article 278 n'est pas tout à fait exact, quand il donne « l'audition des premiers témoins » pour point de départ au délai de huitaine, car il ne peut dépendre de la partie qui les assigne de prolonger le temps de l'enquête, en leur accordant pour comparaître un délai plus long que le juge-commissaire ne l'a permis. La vérité est qu'on a huit jours pour terminer l'enquête, à compter du jour où les premiers témoins ont dû être entendus, c'est-à-dire du jour auquel le juge-commissaire a ordonné qu'ils fûssent assignés[5]; c'est à lui, comme on l'a vu au § **838**, de ne pas oublier le très bref délai dans lequel l'enquête est circonscrite, et, si les témoins ne se trouvent pas à la même distance, de faire en sorte que les plus éloignés puissent comparaître dans les huit jours qui suivront l'audition des plus rapprochés[6]. Ces règles, dont l'observation est prescrite à peine de nullité — je reviendrai sur ce point au § suivant — s'appliquent « respectivement », c'est-à-dire séparément, à l'enquête et à la contr'enquête, en ce sens que chaque partie doit faire entendre ses témoins dans le délai fixé par l'article 278, que ce délai court, pour chacune d'elles, à compter du jour où ses propres témoins ont dû être entendus, et que la diligence de l'une ne profite pas plus à l'autre que sa forclusion ne lui nuit[7].

Les articles 278 à 280 autorisent, d'ailleurs, le tribunal[8] :

comp. *suprà*, *ib.*). S'augmente-t-elle à raison de la distance? Voy. Nancy, 15 mars 1842 (D. A. *v° cit.*, n° 360; comp. *ib.*).

[3] Voy. *ib.*

[4] Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 494.

[5] Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Turin, 19 avr. 1811 (D. A. *v° cit.*, n° 357). Voy. cep. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 461.

[6] On peut faire entendre tous les témoins pendant la huitaine fixée par l'article 278, même ceux qui n'ont pu être assignés pour le jour fixé par le juge-commissaire, et qui n'ont reçu leur assignation que plus tard (Montpellier, 4 janv. 1847; D. P. 47. 4. 201); mais il ne suffit pas qu'ils soient assignés, il faut qu'ils déposent avant l'expiration de ce délai (Bourges, 30 nov. 1830; D. A. *v° cit.*, n° 358).

[7] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 459. Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 1087. Carré, sur Chauveau, *op. et loc. cit.* Metz, 26 mai 1820 (D. A. *v° cit.*, n° 356).

[8] Et non pas le juge-commissaire : l'article 279 est formel sur ce point. Le juge-commissaire ne peut que proroger le délai dans lequel un témoin doit comparaître (Voy. *suprà*, § **842**).

1° à fixer d'avance un plus long délai, à la demande des parties ou même d'office, s'il estime que celui de huitaine soit insuffisant[9]; 2° à proroger après coup le délai légal et même celui qu'il a fixé[10], si une partie le demande[11] et que cette mesure soit justifiée par des raisons qui doivent être graves[12], mais qui sont entièrement laissées à l'appréciation des juges[13]. Cette demande se forme par une observation sur le procès-verbal[14], après le commencement de l'enquête, et avant l'expiration du délai qu'on a pour la finir[15]; elle se juge à l'au-

[9] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 470. Comp. *infrà*, note 11.

[10] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 502. Carré, *op. cit.*, t. II, § CCXXXIII. Et, en ce cas, le tribunal doit laisser au demandeur la liberté d'assigner autant de témoins qu'il le juge convenable, par application du principe posé *suprà*, § **828** (Agen, 14 févr. 1853; D. A. *v° cit.*, supp., n° 137).

[11] L'article 279 suppose expressément cette condition : j'en conclus que le tribunal, qui a pu indiquer d'office, *à priori*, un délai plus long que le délai légal, ne peut proroger de même celui qu'il a primitivement fixé. Ces deux solutions ne sont pas contradictoires, car le tribunal a pu trouver, d'abord, insuffisant le temps que l'article 278 accorde aux parties pour procéder à l'enquête, et leur accorder spontanément un répit dont elles s'empresseront d'user; mais, l'enquête une fois commencée, une prorogation que personne ne demande et dont personne n'est, par conséquent, disposé à profiter, serait évidemment sans objet.

[12] Voy., sur les causes possibles de prorogation d'enquête, Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 485 et suiv.; Turin, 20 août 1808 (D. A. *v° cit.*, n° 201); Pau, 6 déc. 1809 (D. A. *v° cit.*, n° 143); Paris, 31 janv. 1811 (D. A. *v° cit.*, n° 364); Bruxelles, 10 déc. 1811 (D. A. *v° cit.*, n° 227); Bruxelles, 29 juin 1813 (D. A. *v° cit.*, n° 367); civ. rej. 14 févr. 1827 (D. A. *v° Obligations*, n° 4963); Nîmes, 14 août 1828 (D. A. *v° Enquête*, n° 278); Grenoble, 27 août 1829 (D. A. *v° cit.*, n° 361); Pau, 11 mai 1830 (D. A. *v° Serment*, n° 26); Bruxelles, 18 oct. 1831 (D. A. *v° Enquête*, n° 367); req. 7 déc. 1831 (D. A. *v° cit.*, n° 368); Bruxelles, 2 juill. 1832 (D. A. *v° cit.*, n° 371); Bruxelles, 8 mars 1834 (D. A. *v° cit.*, n° 364); Bruxelles, 4 févr. 1835 (D. A. *v° cit.*, n° 366); Liège, 5 janv. 1842 (D. A. *v° cit.*, n° 369). Bourges, 3 avr. 1867 (D. A. *v° cit.*, supp., n° 72); et, sur cette mesure, Legentil, *Prorogation d'enquête* (dans la *France judiciaire*, t. II, 1878, I° part., p. 272 et suiv.). Dans quelques-unes de ces espèces, la prorogation n'avait d'autre but que d'éviter la nullité de l'enquête et les conséquences très rigoureuses qu'elle entraîne, et il a été jugé formellement, dans une autre affaire, qu'une partie, par la faute de laquelle le délai s'est trouvé trop court, ne peut en demander la prorogation (Trib. d'Amiens, 17 mars 1882; D. A. *v° cit.*, supp., n° 139); Voy. aussi, sur ce point, Douai, 16 févr. 1875 (D. P. 77. 2. 159); et, sur les nullités d'enquête, le § suivant; aj., sur la prorogation du délai de la contr'enquête. Paris, 18 févr. 1891 (D. P. 92. 2. 315). Amiens, 25 juill. 1895 (D. P. 96. 2. 452).

[13] Colmar, 1er juin 1822 (D. A. *v° cit.*, n° 370). Req. 11 déc. 1823 (D. A. *v° cit.*, n° 366). Toulouse, 13 juin 1825 (D. A. *v° cit.*, n° 370). Req. 4 déc. 1894 (D. P. 95. 1. 20; S. 95. 1. 492).

[14] Peut-on la demander aussi par un acte au greffe, et notamment par une requête au président du tribunal? Voy. Turin, 12 janv. 1811; Nîmes, 17 déc. 1819; Bourges, 22 févr. 1839 (D. A. *v° cit.*, n° 381).

[15] Demander la prorogation avant le commencement de l'enquête, ce serait vouloir éluder le délai dans lequel elle doit être commencée (Toulouse, 18 août 1818 et 28 août 1834; D. A. *v° cit.*, n° 377). Demander la prorogation après la fin de l'enquête, ce serait solliciter une seconde enquête, et on verra au § **852**

dience[16], au jour indiqué par le juge-commissaire, sans sommation ni avenir, pourvu que les parties ou leurs avoués soient tous présents[17]. Toute liberté est laissée au tribunal dans la fixation du nouveau délai qui profite de droit aux deux parties, c'est-à-dire qu'il s'applique à la fois, sans qu'il soit besoin de l'ordonner, à l'enquête et à la contr'enquête[18]; mais les articles 257, 258 et 278, sur les délais pour commencer l'enquête et pour l'achever, doivent être observés dans la prorogation[19]. De nouveaux témoins peuvent être produits, car on n'a peut-être demandé la prorogation que pour assigner des témoins dont l'audition n'avait pas, d'abord, paru nécessaire[20]; mais les témoins déjà entendus ne peuvent l'être à nouveau, car il est inutile qu'ils se répètent, et invraisemblable qu'ils se contredisent : on n'a même pas le droit de le supposer après qu'ils ont juré de dire la vérité[21]. Aucune nouvelle prorogation ne peut être accordée, à peine de nullité, sauf le cas de force majeure : si, par exemple, un témoin n'a pas été touché par

que chaque affaire ne comporte, en principe, qu'une seule enquête (Colmar, 16 nov. 1810 et 6 févr. 1816, Toulouse, 1er déc. 1825, D. A. *v° cit.*, n° 378; Orléans, 17 févr. 1841, D. A. *v° cit.*, n° 381; Besançon, 7 mars 1864, D. P. 64. 2. 48). Par contre, la prorogation peut être demandée après la clôture du procès-verbal d'enquête, tant que le délai pour la faire n'est pas expiré (Toulouse, 14 déc. 1825, D. A. *v° cit.* n° 378; Rouen, 18 févr. 1892, D. P. 92. 2. 586).

[16] Il n'y a donc que le tribunal qui puisse accorder la prorogation; le juge-commissaire n'en a pas le droit (Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1094 *bis*; civ. cass. 17 déc. 1823, D. A. *v° cit.*, n° 160; Grenoble, 27 août 1829, D. A. *v° cit.*, n° 361; comp. *suprà*, note 8).

[17] La demande de prorogation peut être jugée après le délai pour achever l'enquête, pourvu qu'elle ait été formée auparavant (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 481; Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 307).

[18] Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 407. Metz, 20 juill. 1826 (D. A *v° cit.*, n° 138). Bruxelles, 10 oct. 1826; Bastia, 7 mai 1827 (D. A. *v° cit.*, n° 389). Montpellier, 12 mai 1829 (D. A. *v° cit.*, n° 390). Civ. rej. 15 déc. 1830 (D. A. *v° cit.*, n° 389). Toulouse, 8 août 1832 (D. A. *v° cit.*, n° 131). Bastia, 6 août 1855 (D. P. 56. 2. 43). Rennes, 11 mars 1863 (D. P. 70. 2. 204). Pau, 10 avr. 1878 (D. P. 79. 2. 91).

[19] Toulouse, 8 août 1832 (D. A. *v° et loc. cit.*).

[20] Bruxelles, 16 août 1814 (D. A. *v° cit.*, n° 286). Colmar, 2 mai 1820 (D. A. *v° cit.*, n° 371) et 3 août 1820 (D. A. *v° cit.*, n° 388). Bruxelles, 20 mai 1824 (D. A. *v° cit.*, n° 371) et 26 mai 1824 (D. A. *v° cit.*, n° 372). Liège, 22 nov. 1831 (D. A. *v° cit.*, n° 246). Bruxelles, 19 févr. 1834; Liège, 11 août 1836 (D. A. *v° cit.*, n° 372) et 29 janv. 1841 (D. A. *v° cit.*, n° 371). Poitiers, 30 mai 1843 (D. A. *v° cit.*, n° 372). Paris, 5 janv. 1851 (D. P. 51. 5. 216). *Contrà*, Paris, 18 mai 1810; Liège, 3 avr. 1819 (D. A. *v° cit.*, n° 373).

[21] Turin, 12 janv. 1811 (D. A. *v° cit.*, n° 381). Limoges, 11 janv. 1834 (D. A. *v° cit.*, n° 374). Pau, 27 mai 1857 (D. P. 58. 2. 52). *Contrà*, Colmar, 19 nov. 1841 (D. A. *v° cit.*, n° 487). Voy., sur le serment des témoins, *suprà*, § 844.

l'assignation, ou n'a pu se présenter à temps pour cause de maladie[22].

§ **849**. IX. Les nullités d'enquête, dont les §§ précédents offrent de nombreux exemples, sont l'objet d'une disposition remarquable, tout à fait exceptionnelle, et empreinte, comme les articles 1341 à 1346 du Code civil[1], 257, 258 et 278 du Code de procédure[2], d'un sentiment de défiance à l'endroit de la preuve testimoniale : l'enquête déclarée nulle par la faute du juge-commissaire sera recommencée : l'enquête déclarée nulle par la faute de l'avoué ou de l'huissier ne le sera pas[3]. Il n'y a pas d'autre exemple d'une procédure qu'il soit défendu de recommencer quand elle est nulle, et que les droits qu'elle a pour but de conserver ne sont pas encore prescrits : j'ai dit au § **497** que le demandeur dont l'assignation est annulée peut en donner une autre, tant que la prescription n'est pas acquise contre lui; et l'on verra de même, au tome VII de ce Traité, que, si la péremption d'instance anéantit tous les actes de la procédure éteinte, elle permet cependant de les recommencer jusqu'à ce qu'il y ait prescription. S'il en est autrement, dans l'espèce, d'une enquête déclarée nulle par la faute des officiers ministériels qui représentent les parties, c'est qu'on a craint que, voyant l'enquête prendre une tournure fâcheuse, et voulant se donner le temps de suborner les témoins déjà assignés ou d'en produire de nouveaux, ils n'y commissent quelque erreur intentionnelle, afin de pouvoir demander ensuite la nullité de l'enquête et la prolonger en la recommençant. Le juge-commissaire est au-dessus d'un pareil soupçon, il encourrait même

[22] C'est ainsi qu'il faut entendre la dernière disposition de l'article 280, qui, interprétée à la lettre, serait rigoureuse à l'excès : « Il ne sera accordé aucune « prorogation, à peine de nullité » Colmar, 30 août 1820, D. A. *v° cit.*, n° 388 ; Besançon, 25 janv. 1822, D. A. *v° cit.*, n° 387).

§ **849**. [1] Voy. *suprà*, §§ **820** et suiv.

[2] Voy. *suprà*, §§ **840** et **841**, et le § précédent.

[3] Art. 292 et 293. *Quid* d'une enquête déclarée nulle tout à la fois par la faute du juge-commissaire et par celle d'un officier ministériel, et d'une enquête détruite par un cas fortuit tel que la perte du procès-verbal envoyé par un greffier et égaré par la poste? Voy., sur le premier cas, Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1128 *bis*, Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*: sur le second, req. 1er juin 1813 (D. A. *v° cit.*, n° 449).

la prise à partie en s'y exposant[4], et rien n'empêche, par conséquent, de recommencer l'enquête annulée par sa faute[5]. J'ajoute qu'il y aurait une véritable injustice à faire souffrir les parties des erreurs d'un magistrat qu'elles n'ont pas désigné[6], tandis qu'il n'y a pas de sévérité excessive à ce qu'elles portent la peine des maladresses d'avoués et d'huissiers qu'elles ont choisis, et qui sont, d'ailleurs, responsables envers elles[7].

§ **850**. *a*. A la faute du juge-commissaire, qui a, par exemple, ouvert l'enquête sans que les parties fussent dûment appelées[1], entendu des témoins non assignés[2], clos le procès-verbal sans le faire signer par les parties ou sans constater leur refus ou leur impossibilité de signer[3], on doit assimiler, par identité de motifs : 1° l'erreur du tribunal lui-même, qui a, par exemple, ordonné en matière ordinaire qu'il serait procédé à l'enquête, dite sommaire, dont il sera parlé aux §§ **966** et suivants[4]; 2° les irrégularités commises par le juge de paix, qui a fait l'enquête en vertu d'une commission rogatoire[5]; 3° l'inadvertance du greffier, qui, en relatant la déposition d'un témoin, n'a pas mentionné sa prestation de serment, et sa réponse aux questions qui lui ont été posées sur ses relations de parenté ou de domesticité avec les parties[6]. La seule différence qu'il y ait entre ces hypothèses, c'est qu'on recommence, aux frais du juge-commissaire ou du juge

[4] Art. 505-1° (Voy. t. I, § **144**).
[5] Périn, *op. cit.* (Dans Locré, *op. cit.*, t. XXI, p. 620).
[6] Voy. t. II, § **497**.
[7] Voy. t. II, *ib.* M. Lavielle, qui critique ce système, insiste surtout sur un des inconvénients qu'il présente : c'est que le juge-commissaire, membre du tribunal, siégera au jugement de la demande de nullité, et qu'on y verra l'avoué (ou l'huissier) et lui se rejeter l'un sur l'autre l'erreur qui a vicié l'enquête, et qui, selon qu'elle vient de l'officier ministériel ou du magistrat, interdira de refaire l'enquête ou permettra de la recommencer (*Études sur la procédure civile*, p. 146 et suiv.).

§ **850**. [1] Voy. *suprà*, § **839**.
[2] Voy. *suprà*, *ib.*
[3] Voy. *suprà*, § **847**. Voy. encore, comme exemples de nullités venant du fait du juge-commissaire, Orléans, 18 déc. 1811 (D. A. v° *Enquête*, n° 432); Bordeaux, 28 août 1829 (D. A. v° *cit.*, n° 160); Rennes, 9 févr. 1833 (D. A. v° *cit.*, n° 432); Bruxelles, 18 juin 1836 (D. A. v° *cit.*, n° 397); Poitiers, 23 juill. 1839 (D. A. v° *cit.*, n° 432); Besançon, 26 déc. 1882 (D. P. 83. 2. 59).
[4] Req. 15 juill. 1818 (D. A. v° *Péremption*, n° 144).
[5] Grenoble, 15 févr. 1828 (D. A. v° *Déni de justice*, n° 23).
[6] Bioche, *op.*, v° *et loc. cit.*, n° 521. Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1129. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 412.

de paix qui en fait fonction, l'enquête annulée par sa faute[7] ou par celle de son greffier dont il répond[8], au lieu que les membres du tribunal qui a commis l'erreur n'en sont pas personnellement responsables[9]. D'ailleurs, l'article **292** n'oblige pas le tribunal à ordonner que l'enquête sera recommencée : il se borne à l'y autoriser[10], et, dans cette nouvelle procédure qui ne sera pas une seconde enquête mais la reproduction de la première[11], et où les mêmes témoins seront entendus de nouveau[12], on n'en pourra produire d'autres[13], ou faire une contr'enquête qui n'aurait pas eu lieu la première fois[14]. Au contraire, la disposition de l'article **293** est impérative, et l'enquête annulée par la faute de l'avoué ou de l'huissier ne sera pas recommencée[15] : la partie qui en souffre

[7] Il ne répond que des vices de forme (Voy., sur cette responsabilité, Besançon, 26 déc. 1882, D. P. 83. 2. 59; req. 5 mai 1884, D. P. 84. 1. 223), et l'enquête nulle à raison de son incapacité n'est pas recommencée à ses frais (Nîmes, 28 avr. 1818; D. A. v° *Enquête*, n° 104).

[8] Carré, *op. et loc. cit.* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Sauf, dans ce dernier cas, le recours du juge contre le greffier (Voy., sur la responsabilité de ce dernier, t. I, § **211**).

[9] Par application du principe posé t. I, § **145**. Voy., sur ce point, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 530.

[10] Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 412. Req. 17 mars 1819 (D. A. *v° cit.*, n° 430).

[11] Elle peut avoir lieu devant le même juge-commissaire (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 533; Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1133; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*), et porte exclusivement sur les mêmes faits que l'enquête annulée (Dijon, 20 mai 1881, D. P. 83. 2. 58; Besançon, 26 déc. 1882, D. P. 83. 2. 59). Le tribunal qui l'ordonne en fixe la durée (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 533); sinon, elle doit être commencée et terminée dans les délais fixés aux §§ **840** et **848** (Bioche, *op.*, *v° et loc. cit.*).

[12] Ce ne sera pas pour les inviter à corriger leurs premières dépositions : on ne pourrait pas plus le faire après la nullité qu'après la prorogation d'enquête (Voy. le § précédent). Ce sera pour les leur faire répéter, l'enquête nulle et les dépositions qui y ont été faites se trouvant non avenues (Jousse, *op. cit.*, t. II, p. 396).

[13] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 537. Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1131. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 323. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 508. Rodière, *op. et loc. cit.* Rennes, 28 juill. 1814 (D. A. *v° cit.*, n° 308). Grenoble, 10 mai 1817 (D. A. *v° cit.*, n° 443). *Contrà*, Limoges, 13 juin 1818 (D. A. *v° cit.*, n° 379). Quelques auteurs enseignent cependant que, si le tribunal juge à propos d'entendre de nouveaux témoins, il peut en ordonner l'audition : seulement, elle ne va pas de soi, et ne peut avoir lieu qu'en vertu d'un jugement (Bioche, *op.*, *v° et loc. cit.*; Carré, *op. et loc. cit.*; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*).

[14] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 538. Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1134. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Cela n'est permis en aucune matière, même dans une instance en divorce ou en séparation de corps (Voy., sur cette dernière hypothèse, Douai, 5 nov. 1860; D. A. *v° cit.*, n° 169).

[15] Trèves, 29 mai 1812; Rennes, 3 janv. 1826 (D. A. *v° cit.*, n° 448). Bastia, 2 avr. 1855 (D. P. 55. 2. 323). Req. 20 janv. 1863 (D. P. 63. 1. 247). Comp. req. 21 juin 1852 (D. P. 53. 1. 171).

pourra seulement laisser les frais à leur charge[16], obtenir contre eux des dommages-intérêts[17], et provoquer, au besoin, l'exercice de l'action disciplinaire[18]. Les matières d'ordre public, où les faits allégués par une partie ne peuvent être ni tenus pour acquis sans que la preuve en soit fournie, ni écartés sans que leur fausseté soit démontrée[19], sont les seules qui fassent exception à cette règle, et où l'enquête annulée par la faute d'un officier ministériel puisse être recommencée[20].

§ **851**. *b*. La nullité de l'enquête a toujours d'assez graves conséquences[1]. Une enquête annulée et qu'on ne peut refaire, c'est la preuve testimoniale interdite et peut-être le procès perdu; une enquête annulée et qu'on recommence, c'est une perte de temps, une dépense inutile, et le procès compromis si les témoins dont on a besoin ne se retrouvent plus[2]. Aussi doit-on apporter à cette rigueur quelques adoucissements. 1° On ne peut demander la nullité de l'enquête pour un vice de forme qui n'a causé aucun préjudice[3], par exemple, à raison des irrégularités commises dans l'assignation des témoins de la partie adverse[4]. 2° On doit supporter

[16] Voy., sur cette pénalité, t. II, § **507**.
[17] Voy. t. II, § **508**.
[18] Voy., sur ce point, t. I, §§ **150** et suiv.
[19] Voy. t. II, § **693**.
[20] Caen, 24 avr. 1839 (D. A. *v° cit.*, n° 185). Dijon, 29 mai 1845 (D. P. 45. 2. 173). *Contrà*, Douai, 13 mars 1869 (D. P. 69. 2. 106); Rouen, 11 août 1871 (D. P. 72. 5. 175); Chambéry, 4 déc. 1874 (D. P. 75. 2. 96).

§ **851**. [1] L'enquête annulée est non avenue, et ne peut fournir une preuve par témoins régulière et complète (Montpellier, 15 juin 1827, D. A. *v° cit.*, n° 426; civ. cass. 24 déc. 1839, D. A. v° *Exploit*, n° 58); mais elle peut servir de base aux présomptions de l'homme dans les cas où ce mode de preuve est admissible Agen, 1er juin 1813; D. A. v° *Enquête*, *loc. cit.*). Aj., dans le même sens sur ces deux points, civ. cass. 26 juin 1889 (S. 91. 1. 301).

[2] Il est vrai qu'aux termes de l'article 292, « si quelques témoins ne peuvent « être entendus, les juges auront tel égard que de raison aux dépositions par « eux faites dans la première enquête » (Voy., sur cet article, le § suivant).

[3] A cette condition, on peut toujours la demander (Voy. notamment, pour la partie qui n'a été mise en cause qu'après que la nullité a été commise, Douai, 16 févr. 1878; D. P. 78. 2. 160). On doit, en faisant cette demande, préciser le grief qu'on invoque, et ne pas se contenter d'allégations vagues et générales (Riom, 7 janv. 1891; D. P. 92. 2. 151).

[4] Les témoins seuls peuvent demander la nullité des assignations faites ailleurs qu'à leur propre domicile, ou dont les copies n'y ont pas été laissées régulièrement (Liège, 21 juin 1813; D. A. *v° cit.*, n° 417). Il en est autrement si elles n'étaient pas accompagnées de la partie du jugement qui contient les faits à

les conséquences des erreurs commises par les officiers ministériels qu'on a choisis, et, par conséquent, ne pas demander la nullité de sa propre enquête[5]. 3° Le tribunal ne peut prononcer d'office que les nullités d'ordre public[6], comme celles qui viennent de l'audition d'un témoin incapable[7], de l'incompétence *ratione loci* du juge-commissaire[8], ou de ce que l'enquête a porté sur des faits dont la preuve est interdite[9]. 4° La nullité de l'enquête se couvre, comme toutes les autres, par les actes qui seront énumérés aux §§ **903** et **904**[10]. 5° Elle peut n'être que partielle, car le vice d'une ou plusieurs dépositions ne doit pas entraîner la nullité des autres et, par conséquent, de l'enquête tout entière[11]. 6° Si le fait à prouver est divisible, l'enquête irrégulière à l'égard d'une partie seulement ne peut être annulée par rapport aux autres : c'est ainsi que, dans l'enquête ordonnée contre des héritiers, l'assignation irrégulière de l'un d'eux, au sujet d'un droit divisible, n'entraîne pas la nullité de l'enquête à l'égard des autres[12]. 7° Il suffit, en matière indivisible, que l'enquête soit valable à l'égard de l'un des intéressés, pour qu'on ne puisse l'annuler par rapport aux autres[13]. 8° La partie qui s'aper-

prouver : les parties sont intéressées à ce que les témoins aient cette pièce entre les mains et puissent l'étudier; elles peuvent donc demander pour ce vice de forme la nullité de l'enquête (Req. 18 mai 1840; D. A. v° *cit.*, n° 284).

[5] Req. 9 déc. 1828 (D. A. v° *cit.*, n° 402).

[6] Req. 29 juin 1821 (D. A. v° *Obligations*, n° 5297).

[7] Je dis *incapable* et non *reprochable* (Voy. *suprà*, § **828**).

[8] Voy., sur le principe que les tribunaux, et les magistrats par eux commis pour une opération déterminée, n'ont de compétence que dans les limites de leur territoire, t. II, § **397**.

[9] Voy. *suprà*, § **835**. La nullité d'une enquête ouverte ou terminée après les délais fixés aux §§ **840**, **841** et **848** est-elle d'ordre public? Voy. Toulouse, 8 août 1832 (D. A. v° *Enquête*, n° 113).

[10] C'est là que j'expliquerai la manière de faire valoir et de couvrir les nullités de procédure en général. Je rappelle seulement ici qu'en signant le procès-verbal de l'enquête on ne renonce pas au droit d'en demander la nullité (Voy. *suprà*, § **847**, note 9).

[11] Voy., sur l'application de cet article, Caen, 24 avr. 1839 (D. A. v° *cit.*, n° 185); civ. cass. 11 déc. 1850 (D. P. 51. 1. 300).

[12] Crim. cass. 5 avr. 1848 (D. P. 48. 5. 130). Rennes, 7 juill. 1849 (D. P. 50. 2. 74). Voy. cep. Bourges, 30 mai 1831 (D. A. v° *cit.*, n° 127). Aj., sur l'application de la même règle, civ. cass. 2 févr. 1836 (D. A. v° *cit.*, n° 425); Rennes, 9 avr. 1851 (D. P. 52. 5. 234).

[13] Req. 9 août 1831 (D. A. v° *Obligations*, n° 1512). Riom, 15 janv. 1840; Toulouse, 30 mars 1844 (D. A. v° *Enquête*, n° 423). *Contrà*, Colmar, 25 août 1829 (D. A. v° *et loc. cit.*).

çoit à temps de la nullité de son enquête peut en demander la prorogation, à seule fin d'en couvrir les vices et, par exemple, de réassigner les témoins qui n'ont pas été régulièrement convoqués[14]. 9° L'enquête et la contr'enquête sont tellement indépendantes l'une de l'autre[15] que l'irrégularité de la première n'entraîne pas la nullité de la seconde, et réciproquement[16].

§ **852**. Il ne faut pas confondre le droit de recommencer l'enquête, qui ne compète aux parties que sous le bénéfice de ces distinctions, avec le droit qu'a toujours le tribunal d'ordonner une seconde enquête. Assurément, c'est un droit exceptionnel, car il résulte de l'esprit du Code civil en matière de preuve testimoniale, et des dispositions du Code de procédure sur les nullités d'enquête, que la loi voit avec défaveur un seul procès donner lieu à plus d'une enquête[1]; mais l'article **254**, qui permet au tribunal d'ordonner d'office que la preuve par témoins sera fournie, ne distingue pas, quoi qu'on puisse dire, entre l'hypothèse où une première enquête a été faite, et celle où les choses sont encore entières. Je conclus donc de cette disposition, conçue dans les termes les plus généraux, que le tribunal peut ordonner d'office une seconde enquête[2] : 1° quand la première ne suffit pas pour éclairer sa religion[3]; 2° quand la partie admise à la faire en a encouru la déchéance, en laissant expirer les délais fixés par la loi ou par le tribunal[4]; 3° quand la première enquête

[14] Voy. le § précédent, note 12.

[15] Voy., sur ce principe, *suprà*, § **837**.

[16] Par contre, et en vertu du même principe, la nullité de l'une n'est pas couverte par la régularité de l'autre. Le fait de procéder à la contr'enquête couvre-t-il les nullités de l'enquête? C'est une tout autre question, sur laquelle je reviendrai aux §§ **903** et **904**.

§ **852**. [1] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 543. Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 996. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 414. Les parties ne peuvent être admises à faire une seconde enquête que par exception : 1° si des faits nouveaux se sont produits depuis la première; 2° si l'une des parties a formé, après la clôture de l'enquête, une demande incidente ou reconventionnelle susceptible de se prouver par témoins (Bioche, *op.*, *v° et loc. cit.*; Rodière, *op. et loc. cit.*).

[2] Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 977 *bis*. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*

[3] Toulouse, 29 févr. 1868 (D. P. 68. 2. 87).

[4] Req. 12 déc. 1825 (D. A. *v° cit.*, n° 67). Bourges, 10 avr. 1826 (D. A. *v° cit.*, n° 173). Lyon, 13 mai 1826 (D. A. *v° cit.*, n° 67). Toulouse, 28 août 1834 (D. A.

est nulle par la faute du juge-commissaire, ou même par celle des officiers ministériels qui représentent les parties[5].

§ **853**. X. Avec le procès-verbal d'audition des témoins finit la procédure d'enquête proprement dite. De la chambre du conseil ou du cabinet du juge-commissaire[1] l'affaire passe à l'audience du tribunal[2], où la partie la plus diligente la fait venir par un simple acte[3], en même temps qu'elle signifie à l'avoué de son adversaire la copie du procès-verbal ou des procès-verbaux de l'audition des témoins par le juge-commissaire, ou par différents juges dans l'hypothèse indiquée au § **836**. Je ne crois pas, en effet, que la partie qui a obtenu l'enquête soit tenue de signifier le procès-verbal de la contr'enquête, et il me paraît même que, si elle renonçait à profiter de son enquête pour n'invoquer que les résultats plus favorables de la contr'enquête, il lui suffirait de signifier le procès-verbal de cette dernière : ce qu'on doit, en un mot, signifier en poursuivant l'audience, c'est le procès-verbal qui relate les dépositions dont on a le dessein de se servir[4].

v° cit., n° 377) et 13 mars 1835 (D. A. *v° cit.*, n° 67). Caen, 24 avr. 1839 (D. A. *v° cit.*, n° 185). Dijon, 29 mai 1845 (D. P. 45. 2. 173). Bordeaux, 23 août 1850 (D. P. 51. 2. 28). Bastia, 2 avr. 1855 (D. P. 55. 2. 323). Paris, 29 janv. 1896 (D. P. 96. 2. 96). *Contrà*, Grenoble, 18 août 1828, Nîmes, 3 août 1832 (D. A. *v° cit.*, n° 69); Toulouse, 17 août 1865 (D. P. 68. 1. 163).

[5] Bruxelles, 26 mai 1819 (D. A. *v° cit.*, n° 66). Nancy, 30 déc. 1860 (D. P. 61. 5. 183). Douai, 13 mars 1869 (D. P. 69. 2. 106). Rouen, 11 août 1871 (D. P. 72. 5. 175). Trib. de Dôle, 3 mai 1882 (D. P. 83. 2. 59). *Contrà*, Grenoble, 11 déc. 1821 (D. A. *v° cit.*, n° 130); Bourges, 30 mai 1831 (D. A. *v° cit.*, n° 127); Bourges, 20 nov. 1838 (D. A. *v° cit.*, n° 69); Besançon, 3 déc. 1863 (D. P. 63. 2. 217); Chambéry, 4 déc. 1874 (D. P. 75. 2. 96); Paris, 10 févr. 1883 (D. P. 84. 2. 26).

§ **853**. [1] Voy. *suprà*, § **836**.

[2] Elle y vient pour la première fois à ce moment, car on se rappelle que le juge-commissaire se borne à faire constater au procès-verbal les incidents qui se produisent devant lui, et passe outre sans renvoyer au tribunal, qui ne sera saisi de cette difficulté qu'après la clôture de l'enquête (Voy. *suprà*, §§ **846** et **847**; aj. Liège, 22 nov. 1831, D. A. *v° cit.*, n° 316). Il n'y a que la demande de prorogation qui nécessite un renvoi immediat à l'audience (Voy. *suprà*, § **848**). Si l'enquête est déclarée nulle, et que la partie ait le droit et obtienne la permission de la recommencer, ou si le tribunal en ordonne d'office une seconde, les parties retournent nécessairement devant un juge-commissaire, soit devant celui qui a présidé à la première enquête, soit devant un autre (Voy. le § précédent).

[3] Ou par exploit à domicile, s'il n'y a pas d'avoué en cause (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 505).

[4] Voy., en ce sens, civ. rej. 5 févr. 1828, Bordeaux, 10 mars 1843 (D. A. *v° cit.*,

Après cette formalité, qui n'est cependant pas prescrite à peine de déchéance[5], les dépositions sont lues[6] et discutées, en la forme ordinaire, par les avoués dans leurs conclusions et par les avocats dans leurs plaidoiries[7]. Si nul autre incident ne se produit, il est passé outre au jugement du fond[8]; si, au contraire, une partie a formulé un reproche devant le juge-commissaire[9], elle doit le reproduire devant le tribunal. Elle peut ne pas prendre, à cet effet, des conclusions formelles, car le tribunal a le droit de se regarder comme saisi de cet incident par le procès-verbal de l'enquête, et le juger sans conclusions expresses[10]; mais, en laissant lire à l'audience la déposition du témoin reproché sans avoir reproduit son reproche sous une forme quelconque[11], on s'expose à passer pour y avoir renoncé, et à se voir condamner sur la déposition d'un témoin reprochable[12]. En renouvelant ses reproches, la partie en fournit la preuve[13], qui a lieu, le cas échéant, au moyen d'une nouvelle enquête, mais faite dans la forme sommaire exposée aux §§ **966** et suivants[14]. Le tribunal prononce ainsi sur

n° 412); Rouen, 23 mars 1859 (D. P. 60. 5. 139). Renonce-t-on, en signifiant la contr'enquête, au droit d'en demander la nullité? Voy., sur ce point, Toulouse, 5 août 1839 (D. A. *v° cit.*, n° 212).

[5] Bruxelles, 26 avr. 1819 (D. A. *v° cit.*, n° 410).

[6] Il ne suffit pas de les insérer dans un mémoire distribué aux juges (Req. 3 nov. 1845; D. P. 45. 4. 212).

[7] Voy. *suprà*, § **846**.

[8] Voy. *infrà*, §§ **1042** et suiv.

[9] Je suppose, bien entendu, le reproche élevé en temps utile (Voy. *suprà*, § **846**).

[10] Req. 28 mars 1837 (D. A. *v° cit.*, n° 562).

[11] Par exemple, dans un mémoire distribué aux magistrats (Limoges, 8 mars 1838 (D. A. *v° cit.*, n° 456).

[12] Bruxelles, 5 juill. 1809 (D. A. *v° cit.*, n° 74). Req. 12 févr. 1811 (D. A. *v° cit.*, n° 561). Rennes, 25 févr. 1820 (D. A. *v° cit.*, n° 232. Bruxelles, 14 oct. 1820 (D. A. *v° cit.*, n° 563). Bourges, 5 août 1822 (D. A. v° *Demande nouvelle*, n° 88). Nancy, 20 mars 1825 (D. A. v° *Enquête*, n° 458). Rennes, 12 janv. 1826 (D. A. v° *Jugement*, n° 13). Douai, 2 févr. 1841; req. 9 nov. 1841 (D. A. v° *Enquête*, n° 563). Nancy, 17 févr. 1844 (D. A. *v° cit.*, n° 458). Caen, 21 août 1844 (D. A. *v° cit.*, n° 563). Besançon, 21 avr. 1866 (D. P. 66. 2. 72). Req. 19 déc. 1866 (D. P. 67. 1. 440). Amiens, 5 mai 1873 (D. P. 75. 1. 177). Req. 22 févr. 1882 (D. P. 82. 1. 120). Civ. rej. 19 janv. 1892 (D. P. 92. 1. 136; S. 95. 1. 411). On a vu au § **846** que le tribunal ne peut suppléer d'office les reproches qu'une partie n'oppose pas au moment voulu.

[13] Cette preuve peut-elle être offerte pour la première fois devant le tribunal, ou faut-il qu'elle l'ait été d'abord devant le juge-commissaire? Voy. *ib.*, note 8.

[14] Voy., sur les reproches qui ne peuvent être justifiés que par écrit, *ib.*

l'incident[15], à moins que, le fond de la cause se trouvant en état[16], il ne préfère statuer sur le tout par un seul et même jugement[17]. Si le reproche est admis, la déposition du témoin n'est pas lue[18]; dans le cas contraire, le tribunal passe outre à cette lecture et au jugement[19], et alloue, s'il y a lieu, des dommages-intérêts au témoin que le reproche a pu atteindre dans son honneur et dans sa considération[20]. Si enfin, le témoin n'est pas seulement reprochable mais incapable de déposer, son incapacité peut être opposée pour la première fois devant le tribunal et, au besoin, déclarée par lui d'office; sa déposition n'est pas lue[21].

§ **854**. XI. Telle est la procédure d'enquête, empruntée au droit canonique[1] par l'ordonnance d'avril **1667**[2], un instant supprimée par la loi du 7 fructidor an III[3], rétablie par l'arrêté consulaire du 4 pluviôse an XI[4], et finalement recueillie par le Code de procédure. On l'appelle secrète, par opposition à celle qu'instituait la loi précitée du 7 fructidor an III, et qui a lieu aujourd'hui dans les affaires civiles sommaires[5], devant les tribunaux de commerce[6] et en matière criminelle[7]. Elle est secrète, en ce sens que les témoins n'y

[15] Voy. Rennes, 18 avr. 1816, Nancy, 10 déc. 1840 (D. A. *v° cit.*, n° 567); civ. rej. 2 févr. 1841 (D. A. *v° cit.*, n° 568); req. 1er févr. 1870 (D. P. 70. 1. 280).

[16] Voy., sur le sens de cette expression, t. II, § **683**.

[17] Voy. req. 29 mars 1808 (D. A. *v° cit.*, n° 574); Poitiers, 24 août 1843 (D. A. *v° cit.*, n° 576); req. 19 déc. 1849 (D. P. 50. 1. 234); req. 19 déc. 1866 (D. P. 67. 1. 440); civ. rej. 11 mars 1874 (D. P. 74. 1. 340).

[18] Voy. req. 13 déc. 1871 (D. P. 72. 1. 186). Je reviendrai sur cette prescription au § **855**, note 9.

[19] Comp. *suprà*, même §.

[20] Carré, *op. cit.*, t. III, n° CCXL.

[21] Art. 286 à 291. Nancy, 17 févr. 1844 (D. A. *v° cit.*, n° 256). Comp., sur cette différence entre les incapacités et les reproches, *suprà*, §§ **828** et suiv.

§ **854**. [1] Voy., sur l'enquête devant les officialités, Paul Fournier, *Des officialités au moyen-âge*, p. 189 et suiv. La désuétude du combat judiciaire (Voy. t. II, § **535**) n'a peut-être pas été étrangère à l'adoption des formes de l'enquête canonique par le droit civil : on ne voulait pas, en mettant publiquement les témoins en présence des parties, amener le retour des provocations qui venaient d'être proscrites (Voy., sur ce point, Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 205).

[2] Tit. XXII, art. 1 et suiv.

[3] Duvergier, *Collection des lois et décrets*, t. VIII, p. 302.

[4] Duvergier, *op. cit.*, t. XIV, p. 94.

[5] Voy. *infrà*, §§ **966** et suiv.

[6] Voy. *infrà*, § **1037**.

[7] Voy. le § suivant.

sont pas interrogés par le président, devant tous les juges et en présence du public, mais par le juge-commissaire, devant les parties seulement[8], loin du public et du tribunal lui-même qui ne connaît les témoignages que par le procès-verbal dont il lui est donné lecture[9]. Deux motifs ont été donnés, à l'appui de ce système, dans les travaux préparatoires du Code de procédure : 1° l'enquête secrète est plus rapide; 2° les témoins entendus hors la présence du public sont plus libres, partant plus véridiques[10]. On peut, d'abord, se demander s'il est raisonnable d'exclure, en matière sommaire, commerciale et criminelle, un procédé d'enquête qui présenterait de tels avantages; mais je vais plus loin, et j'affirme que ces avantages eux-mêmes sont imaginaires : 1° l'expérience prouve que la lecture des dépositions écrites prend plus de temps au tribunal que l'interrogatoire des témoins n'en demanderait; 2° la solennité de l'audience, loin de nuire à la sincérité de ces derniers, leur cause une impression salutaire, grandit à leurs propres yeux l'importance de leur rôle et la valeur de leur témoignage, et les excite en quelque sorte à ne rien taire de ce qui est vrai et à ne rien dire qui soit faux. L'enquête publique a, de plus, ce mérite, que les magistrats jugent mieux de la sincérité du témoin et du poids de ses déclarations, quand ils l'ont vu et entendu tantôt déposer avec l'accent d'une ferme conviction, tantôt hésiter, se troubler et se contredire, et qu'à ne connaître son témoignage que par un procès-verbal froid et incolore, ils perdent des impressions très utiles et un précieux élément d'appréciation[11].

[8] Leurs avoués et leurs avocats (Voy. *suprà*, § 843).

[9] Voy., sur cette formalité, le § précédent.

[10] Voy. la discussion au conseil d'État (Séance du 21 floréal an XIII, dans Locré, *op. cit.*, t. XXI, p. 293 et suiv.); Périn, *op. cit.* (*Ib.* t. XXI, p. 616 et suiv.).

[11] Toullier, *op. cit.*, t. IX, n° 324. Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 213 et suiv. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 493. Lavielle, *op. cit.*, p. 157 et suiv. Greffier, *op. cit.*, p. 46 et suiv. Le système des reproches n'est pas non plus exempt d'inconvénients : d'abord, il est hérissé de formes et fécond en nullités; ensuite, le juge-commissaire, qui prend part au jugement du fond après avoir entendu le témoin reproché, le juge nécessairement sous l'influence des dépositions qu'il a entendues et qu'il connaît seul, puisqu'il est défendu d'en donner lecture au tribunal (Voy. le § précédent) : de là des différences d'appréciation qui ne peuvent que nuire à l'unité du jugement. Le projet de réforme de 1866 supprimait l'enquête ordinaire en appliquant à toutes les affaires civiles les pro-

§ **855**. XII. C'est un principe certain, bien que contesté dans plusieurs de ses applications, que l'enquête appartient au système des preuves naturelles, et que le tribunal en apprécie les résultats avec une entière liberté de jugement. Les articles **285** et **292** ne posent donc pas une règle particulière en recommandant d'avoir « tel égard que de « raison » à la déposition des témoins âgés de moins de quinze ans[1], ou de ceux qui, entendus dans une première enquête déclarée nulle, ne peuvent se présenter dans la seconde[2] : ce n'est pas seulement dans ces deux cas, c'est dans tous les cas qu'il est vrai de dire que le tribunal a « tel « égard que de raison » aux témoignages, et que ses appréciations échappent à la censure de la cour de cassation[3]. Ainsi le veut l'article 1353 du Code civil, qui permet au juge de se décider d'après ses propres présomptions toutes les fois que la preuve testimoniale est admise[4].

De là, résultent deux conséquences. 1° Les juges pèsent les témoignages et ne les comptent pas. Ils peuvent, malgré l'ancien adage « *Testis unus testis nullus* »[5], tenir pour avéré un

cédés de l'enquête sommaire : il admettait seulement, en vue du tribunal de la Seine et pour y hâter l'expédition des affaires, que les diverses chambres de ce tribunal pourraient ordonner que l'enquête se ferait par les soins d'un juge-commissaire, mais publiquement. La commission supprimait aussi les reproches, et n'excluait de l'enquête que les parents et alliés en ligne directe des parties, leurs conjoints, et les personnes déclarées indignes par la loi ou par une condamnation judiciaire, chaque partie conservant le droit de critiquer les témoignages et de faire valoir les circonstances susceptibles de les infirmer, et le juge demeurant libre d'apprécier les objections à leur juste valeur (Greffier, *op. cit.*, p. 50). Le projet de 1894 est conçu dans le même esprit : il donne au tribunal le choix entre l'enquête à l'audience et l'enquête devant un juge-commissaire, réunit l'enquête et la contr'enquête en une seule procédure dirigée par le tribunal ou par un juge-commissaire, donne à ce dernier le droit de statuer sur les incidents sans les renvoyer au tribunal, et supprime : 1° les reproches, qu'il remplace par de simples observations inscrites au procès-verbal, et sur lesquelles le tribunal statue immédiatement; 2° la signification à avoué du jugement qui ordonne l'enquête; 3° celle des procès-verbaux d'enquête (P. 61 et suiv. et 68). Aj., sur la procédure d'enquête en matière de divorce (C. civ., art. 245), le tome VII.

§ **855**. [1] Voy. *suprà*, § **829**; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1121.

[2] Voy. *suprà*, § **851**, note 1.

[3] Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 297. Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1353, n° 9. Comp. req. 3 janv. 1893 (D. P. 93. 1. 80; S. 93. 1. 337, voy. *ib.* la note de M. Labbé); req. 11 déc. 1893 (D. P. 94. 1. 341; S. 96. 1. 86).

[4] Voy. t. II, § **726**.

[5] Ou « Voix d'un voix de nun » (Loisel, *op. cit.*, liv. V, tit. v, n° 10; t. II, p.

fait dont un seul témoin a déposé[6], et, contrairement à l'ancienne jurisprudence où la déposition de deux témoins entièrement conformes et purs de tout reproche entraînait forcément la conviction du juge[7], considérer comme non établi un fait affirmé par un grand nombre de témoins, et même par tous[8]. A plus forte raison ne suit-on pas la pratique du sénat de Savoie, où la déposition de deux femmes ne valait pas celle de deux hommes[9]. 2° On peut se prévaloir dans une instance des résultats de l'enquête qui a eu lieu dans une autre affaire, soit au civil entre d'autres parties, soit même au criminel[10]. Il est vrai que la règle « *Res inter alios judicata* « *aliis nec nocet nec prodest* » ne permet pas d'opposer un juge-

155). Voy. Bonnier, *op. cit.*, n° 342; Jacques, *De la maxime* « Testis unus tes- « tis nullus », *et de quelques vestiges d'icelle dans notre droit moderne* (dans la *Revue pratique du droit français*, t. XLI, 1876, p. 101 et suiv.).

[6] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 510. Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1099. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 411. Civ. rej. 11 déc. 1851 D. P. 51. 5. 447). Il en est même ainsi en Algérie : la règle « *Testis unus testis* « *nullus* », qui existe dans le droit musulman, n'est pas obligatoire pour les tribunaux français, attendu qu'elle est contraire à un principe du droit français (Req. 20 juin 1864; D. P. 64. 1. 381).

[7] Pothier, *De la procédure civile*, n° 818. Voy., sur cette jurisprudence, Bonnier, *op. cit.*, n° 293.

[8] Bioche, *op.*, *v° et loc. cit.* Carré, *op. et loc. cit.* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit.*

[9] Ant. Favre, *Codex Fabrianus*, liv. IV, tit. xv, déf. 58 (P. 343). L'article 291, aux termes duquel la déposition des témoins reprochés n'est pas lue (Voy., sur cet article, *suprà*, § **853**), abroge par-là une autre conséquence, non moins étrange, du système des preuves légales. « Le parlement de Toulouse a, dit Rodier, une façon particulière de juger les reproches et les objets (on appelait « objets, c'est-à-dire objections, les reproches qui ne touchaient pas à l'honneur « d'un témoin). Il les admet quelquefois selon leur différente qualité, de manière « qu'ils n'emportent pas la déposition du témoin en entier, mais qu'elle subsiste « pour un huitième, pour un quart, pour les trois quarts, et une déposition ainsi ré- « duite de valeur a besoin du secours d'une autre pour devenir entière. Par exemple, « si, sur les dépositions de quatre témoins objectés, deux sont réduites à la moitié, « cela fait un témoin; si la troisième est réduite à un quart et la quatrième aux « trois quarts, cela fait un autre témoin, et, par conséquent, il se trouve une « preuve suffisante de deux témoins, quoique tous aient été objectés et aient « souffert quelque atteinte des objets proposés » (*Op. cit.*, p. 364). Il faut se rappeler, pour comprendre ce passage, que le parlement de Toulouse était un de ceux où la déposition de deux témoins conformes et exempts de reproche faisait preuve légale du fait contesté (Voy. *suprà*, même §).

[10] Il en est autrement d'une enquête nulle (Voy. *suprà*, § **851**) : le tribunal peut, dans son for intérieur, ajouter foi aux témoignages qui y ont été reçus et se déterminer d'après eux, car on ne peut l'empêcher d'y puiser des présomptions graves, précises et concordantes (Lyon, 15 mai 1895; D. P. 95. 2. 310; S. 96. 2. 30); mais il n'en peut faire mention et, à plus forte raison, en tirer argument dans les motifs de son jugement. Il en est autrement, dans l'opinion que j'expose, des faits qui résultent d'une enquête faite dans une instance antérieure : ils peuvent être relevés dans les considérants du jugement.

ment à qui n'y a pas été partie[11], et que les formalités rigoureuses et, aux yeux de la loi, salutaires de l'enquête civile n'ont pas été suivies devant la juridiction criminelle[12]; mais ces objections ne portent pas. Il ne s'agit pas d'invoquer un jugement antérieur, mais des faits établis par des voies régulières et que ce jugement n'a peut-être même pas tenus pour constants, et rien ne saurait empêcher le tribunal, devant lequel ils sont maintenant allégués, de puiser dans une enquête antérieure les présomptions graves, précises et concordantes qui suffisent, en pareille matière, à entraîner sa décision[13].

Ce qui est indispensable pour que le témoignage de l'homme ait une force probante et serve de base à la décision du juge, c'est que les témoins déposent de ce qu'ils savent personnellement. La preuve par commune renommée ou par la voix publique[14], qui consiste à interroger des témoins sur ce qu'ils ont entendu dire, est une preuve très imparfaite qui s'administre en forme d'enquête[15], mais qui n'est reçue que par exception[16], et à défaut d'autre preuve[17], en faveur d'une personne ou dans une situation particulièrement intéressantes : 1° lorqu'une femme commune en biens veut faire preuve de la consistance et de la valeur du mobilier non inventorié qui

[11] Voy., sur cette règle, *infrà*, § **1128**.

[12] Les formes de l'enquête devant les tribunaux de répression (C. instr. crim., art. 71 et suiv., 155 et suiv., 189, 317 et suiv.) ressemblent beaucoup à celles de l'enquête civile sommaire (Voy. le § suivant et *infrà*, §§ **966** et suiv.).

[13] Voy., en ce sens : 1° pour l'enquête civile faite dans un procès antérieur, même entre d'autres parties, req. 19 juill. 1876 (D. P. 77. 1. 21), req. 11 déc. 1893 (D. P. 94. 1. 341, S. 96. 1. 86); comp. civ. cass. 1er juill. 1874 (D. A. *v° cit.*, supp., n° 265); 2° pour l'enquête nulle en la forme, Lyon, 15 mai 1895 (D. P. 95. 2. 310, S. 96. 2. 30); 3° pour l'enquête criminelle, Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 975 *quater*; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 414; Aix, 4 mai 1874 (D. P. 75. 2. 52); req. 9 janv. 1882 (D. P. 82. 1. 117); Rennes, 18 juill. 1893 (S. 95. 1. 309).

[14] Dupin et Laboulaye, *Glossaire du droit français*, *h. v°* (A la suite des *Institutes coutumières de Loisel*, t. II, p. 422).

[15] Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 298.

[16] C. civ., art. 1415, 1418 et 1504. Toullier, *op. cit.*, t. XIII, n° 4. Duranton, *op. cit.*, t. XIV, p. 239. Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 222. Aubry et Rau, *op. et loc. cit.* Proudhon, *Des droits d'usufruit, d'usage et d'habitation*, t. I, n° 163. A moins cependant que le jugement n'énonce formellement que la notoriété publique n'a été prise en considération que comme un élément d'appréciation (Req. 6 juillet 1891 ; S. 95. 1. 403).

[17] « Au besoin par commune renommée » (C. civ., art. 1415); « même par « commune renommée » (C. civ., art. 1504). Voy., sur ces articles, la suite de ce §.

lui est échu pendant le mariage[18]; 2° quand des enfants mineurs veulent prouver la consistance des biens communs, dont il n'a pas été fait inventaire au décès de leur père ou de leur mère[19]. C'est une preuve du même genre, et tout aussi exceptionnelle, que l'enquête par tourbes qui servait jadis à constater la coutume[20], et qui ne se fait plus aujourd'hui que dans les cas très rares où l'usage a force de loi[21].

§ **856**. XIII. Le Code de procédure ne voit dans l'enquête qu'un incident. N'est-elle que cela, ou bien, de même qu'il existe un faux civil principal[1] et une demande principale en vérification d'écriture[2], peut-on, en dehors de toute instance, prouver par témoins et en forme d'enquête un fait qu'on croit utile d'établir, et dont on tirera plus tard, s'il y a lieu, telles conséquences qu'il appartiendra[3]? Ces enquêtes à futur (*in futurum*)[4], autrefois très fréquentes, ont été formellement proscrites par l'ordonnance d'avril 1667[5] à cause des abus qui s'y commettaient : on y éludait le débat préalable sur l'admissibilité de la preuve testimoniale, et l'on faisait entendre des témoins contrairement aux dispositions de l'ordonnance de Moulins[6]. La question se reproduit aujourd'hui dans le silence de la loi : on s'accorde à reconnaître qu'une personne intéressée, en vue d'un procès ultérieur, à recueillir la déposition d'un témoin qui pourrait, à ce moment, ne plus se retrouver ou même ne plus exister, a, si ce dernier y consent, le droit de faire recevoir sa déclaration par un no-

[18] « Le mari n'est jamais recevable à faire cette preuve » (C. civ., art. 1415). « A défaut d'inventaire du mobilier échu au mari, ou d'un titre propre à justifier « de sa consistance et valeur, déduction faite des dettes, le mari ne peut en « exercer la reprise » (C. civ., art. 1504).

[19] C. civ., art. 1442 (Voy. t. II, § **781**).

[20] Loisel, *op. cit.*, liv. V, tit. v, n° 13 (T. II, p. 159). De Laurière, sur Loisel, *op. et loc. cit.*

[21] Voy. t. II, § **691**, note 1.

§ **856**. [1] Voy. t. II, § **818**.

[2] Voy. *suprà*, § **798**, note 4, et *infrà*, § **1124**.

[3] Ce sera naturellement aussi rare qu'une inscription de faux principale ou une demande principale en vérification d'écriture : on n'a généralement intérêt à prouver par témoins que les faits allégués dans une instance déjà pendante.

[4] Ferrière, *Dictionnaire du droit français*, v° *Enquête d'examen à futur*.

[5] Tit. XIII, art. 1.

[6] Jousse, *op. cit.*, t. I, p. 181. Voy., sur l'ordonnance de Moulins, *suprà*, § **820**.

taire[7], mais des auteurs décident et des arrêts ont jugé que cette situation ne comporte pas une enquête proprement dite et, par conséquent, l'emploi des formes tracées aux §§ **842** et suivants[8]. Je crois cependant que rien ne s'y oppose : ni le texte de la loi qui est muet sur la question, ni son esprit qui est favorable aux mesures conservatoires — l'article **1180** du Code civil admet le créancier conditionnel à les pratiquer avant l'arrivée de la condition[9], et la loi du **3** septembre **1807**[10] permet au créancier à terme de poursuivre la vérification d'écriture avant l'échéance[11] — ni la défense de prouver par témoins soit au-dessus de **150** francs soit contre et outre le contenu aux actes, car il est entendu que l'enquête à futur n'aura lieu que dans les cas où la preuve testimoniale elle-même est admissible[12]. Il va également de soi que toutes les formes prescrites à peine de nullité y seront observées[13], et, notamment, qu'on n'y procèdera qu'en présence des personnes intéressées à y contredire ou, du moins, après les y avoir appelées[14].

N° IV

Preuve directe.

SOMMAIRE. — § **857**. Dans quels cas il y a matière à preuve directe. — § **858**. I. Expertise. Caractères légaux de cette opération ; comment elle est ordonnée. — § **859**. Suite. Nomination des experts. — § **860**. Suite. Qui peut remplir les fonctions d'expert. — § **861**. Suite. 1° Cette profession est libre. — § **862**. Suite. 2° Personnes incapables de l'exercer. — § **863**. Suite. Les experts nommés peuvent refuser cette mission, le tribunal rétracter leur nomination, et les parties les récuser. — § **864**. Suite. A quel moment cette récusation peut être proposée. — § **865**. Suite. En quelle forme. — § **866**. Suite. De l'appel en cette matière. — § **867**. Suite. Combien doit-on nommer

[7] Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 231. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 385.

[8] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 5. Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 258 et suiv. Boitard, *op. cit.*, t. I, n° 470. Rennes, 10 mars 1821 (D. A. *v° cit.*, n° 55).

[9] Voy. t. I, § **295**.

[10] Art. **1**.

[11] Voy. *infrà*, § **1124**.

[12] Colmet-Daage et Glasson, sur Boitard, *op. et loc. cit.*, note **1**. Rodière, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. cit.*, n° 254. Valabrègue, *De l'enquête et de l'expertise* in futurum (Dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, nouv. sér., t. XVII, 1881, p. 486 et suiv.). Paris, 20 mars 1835 et 27 déc. 1836 (D. P. 46. 2. 29). Besançon, 31 août 1844 (D. P. 46. 2. 28).

[13] Voy. *suprà*, § **851**.

[14] Colmet-Daage, sur Boitard, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. et loc. cit.* Comp. *suprà*, § **839**.

d'experts? — § **868**. Suite. Serment des experts. — § **869**. Suite. Leurs opérations. — § **870**. Suite. 1° Comment ils procèdent aux vérifications dont ils sont chargés. — § **871**. Suite. 2° Leur rapport. — § **872**. Suite. Dépôt de ce rapport; discussion à l'audience. — § **873**. Suite. Autorité de ce rapport. — § **874**. II. Descente sur lieux ou visite de lieux. Quand peut-elle être ordonnée? — § **875**. Suite. Par qui peut-il y être procédé? — § **876**. Suite. Jugement qui l'ordonne. — § **877**. Suite. Procédure de la descente sur lieux.

§ **857**. C'est la connaissance personnelle des faits que le juge recherche dans l'expertise et dans la descente sur lieux[1]; mais tous les procès ne comportent pas ce mode d'instruction[2], et le juge n'a pas toujours le droit de se fier au témoignage de ses sens, ou de faire appel aux lumières d'un spécialiste[3]. 1° Il va de soi qu'il n'ordonne la visite des lieux que pour résoudre des questions d'un ordre déterminé : pour décider, par exemple, si un propriétaire a empiété sur le fonds d'autrui, quel dommage des travaux ont pu causer aux propriétés voisines, si une servitude est apparente, où doivent être placées les bornes de deux champs voisins, dans quelles conditions un accident s'est produit, et quelles responsabilités il engage[4]. 2° L'article 295 interdit au tribunal d'ordonner cette mesure d'office toutes les fois qu'une expertise est possible, suffisante, ou prescrite par la loi[5] : cette prohibition a pour but d'empêcher les juges de sortir de leur rôle en se faisant experts[6], et de recourir

§ **857**. [1] Voy. t. II, § **703**.

[2] La descente sur lieux est un moyen de preuve directe; l'expertise appartient en même temps à l'ordre des preuves directes et à celui des preuves indirectes (Voy. t. II, *ib.*).

[3] Le Code civil, qui ne s'occupe de la preuve qu'au point de vue des obligations proprement dites (Voy. t. II, § **488**, note 11), passe ces opérations sous silence.

[4] Voy., sur les circonstances qui comportent une descente sur lieux, Bioche, *op. cit.*, v° *Descente sur les lieux*, n° 1.

[5] Cette prohibition est empruntée à l'ordonnance d'avril 1667, qui l'édictait « à « peine de nullité, de restitution de ce que les juges auront reçu pour leurs va- « cations, et de tous dépens, dommages et intérêts » (Tit. XXI, art. 1). Cette sanction pécuniaire, qui se comprenait à une époque où les juges recevaient des vacations pour leurs déplacements, et pouvaient être tentés, par ce motif, de se déplacer inutilement, n'aurait plus de sens aujourd'hui qu'ils administrent la justice gratuitement (Voy. t. II, § **544**). Cette pénalité n'est donc plus applicable (Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 424; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 510).

[6] Les magistrats n'ont pas qualité pour procéder à une expertise : ils n'ont pas les connaissances spéciales qu'exige cette fonction (Voy. *infrà*, §§ **861** et **862**), et ils contreviendraient, en se l'attribuant, au principe que l'instruction du procès appartient exclusivement aux parties (Voy. t. II, § **556**).

sans nécessité à une mesure d'instruction très coûteuse[7]; mais la nullité de l'expertise[8] sera rarement prononcée en vertu de cet article, vu l'extrême difficulté qu'il y a, en fait, à savoir si la mission donnée à un juge de se transporter sur les lieux est une véritable expertise[9]. 3° Cette dernière n'est pas toujours possible, et le tribunal n'y peut recourir pour s'éclairer sur des points de droit, qu'il doit et qu'il est présumé connaître mieux que personne : il manquerait à son devoir, et sa décision serait sûrement cassée, s'il avait, d'office ou même à la requête des parties, demandé une consultation d'avocats ou de professeurs de droit[10].

§ **858**. I. L'expertise que le Code de procédure ne suppose qu'à l'état d'incident, mais qui pourrait être principale aussi bien et par les mêmes raisons que l'inscription de faux, la vérification d'écriture et l'enquête[1], consiste à charger des

[7] Voy. le détail des frais d'une descente sur lieux dans Chauveau et Glandaz. *op. cit.*, t. I, n°s 111 et suiv. (P. 116 et suiv.).

[8] Voy., à la note précédente, l'article 1er du titre XXI de l'ordonnance de 1667; comp. Grenoble, 20 déc. 1866 (D. P. 67. 5. 132).

[9] Bioche, *op.*, v° *et loc. cit.*, n° 4. Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1137. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. cit.*, n° 107, et *Éléments de procédure civile*, n° 641. Il a été jugé, en ce sens : 1° qu'on n'investit pas un juge de paix des fonctions d'expert en le commettant pour visiter des lieux litigieux, en constater l'état, et indiquer si le plan qu'une partie en a fourni est exact (Req. 25 mai 1836; D. A. v° *Descente sur les lieux*, n° 32), quand même on lui enjoindrait de consulter en même temps les anciens du pays (Req. 10 juin 1835, D. A. v° *Expert*, n° 68; civ. rej. 19 juill. 1837, D. A. v° *cit.*, n° 23); 2° qu'on ne contrevient pas non plus à l'article 295 en contrôlant sur place, et sans recourir aux formes de la descente sur lieux, le travail des experts (Toulouse, 9 juin 1884; D. P. 85. 2. 113, voy. *ib.*, en sens contraire, la note de M. Glasson). En tout cas, la nullité de la descente sur lieux, à laquelle il a été procédé dans une hypothèse où elle n'était pas autorisée par la loi, est couverte par la comparution des parties et par leurs conclusions au fond (Grenoble, 14 mai 1895, D. P. 96. 2. 17, voy. *ib.* la note de M. Jean Appleton; aj., sur l'application de l'article 295, civ. rej. 24 janv. 1893, D. P. 93. 1. 166, S. 93. 1. 359).

[10] Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 416. Toutefois, le juge commis pour procéder à une enquête, et autorisé à se faire assister d'un homme de l'art, peut charger ce dernier de toutes les opérations qui lui semblent utiles, et l'expertise faite dans ces conditions est valable, surtout si les parties y ont consenti (Riom, 31 oct. 1889; D. P. 91. 2. 250).

§ **858**. [1] Bioche, *op. cit.*, v° *Expert*, n° 5. Valabrègue, *op. cit.* (Dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, nouv. sér., t. XVII, 1888, p. 486 et suiv.). Req. 9 juin 1830 (D. A. v° *Domicile élu*, n° 99). Paris, 20 mars 1835; req. 3 août 1836; Paris, 27 déc. 1836 (D. A. v° *Expert*, n° 28). Trib. de Fontainebleau, 13 juill. 1864 (D. P. 65. 3. 21). *Contrà*, Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1157 *bis;* Bourges, 7 avr. 1832 (D. A. v° *Référé*, n° 19); Lyon,

personnes compétentes, appelées experts, de faire en vue de la solution d'un procès les constatations qui exigent des connaissances spéciales, et de communiquer au tribunal le résultat de leur examen[2]. Deux conditions sont, d'ailleurs, indispensables pour que cette opération ait les caractères légaux d'une expertise, et soit, par conséquent, soumise aux formalités qui feront l'objet des §§ **800** et suivants. 1° Il faut qu'elle soit ordonnée par jugement : une expertise amiable ne comporte pas plus de solennité que l'exécution d'un mandat ordinaire, et ne donne pas lieu aux récusations dont je parlerai aux §§ **863** et suivants[3]. 2° Il faut que le tribunal demande aux personnes qu'il désigne un avis personnel et motivé : ce n'est pas un expert que le géomètre chargé de dresser un plan, ou le médecin commis pour visiter un malade[4]. Quant à se décharger en partie de l'obligation de juger les procès, en invitant les experts à donner un avis sur le fond et à concilier, s'il se peut, les parties, c'est un procédé auquel les tribunaux de commerce ont seuls le droit de recourir[5] : 1° parce qu'il est trop exorbitant pour être admis en l'absence d'un texte formel ; 2° parce qu'il ferait très souvent double emploi, en ma-

5 juill. 1887 (D. A. v° *Expert*, supp., n° 8). Bordeaux, 11 févr. 1890 (D. P. 91. 2. 103); Orléans, 29 juill. 1896 (D. P. 97. 2. 209). Comp., sur l'inscription de faux, la vérification d'écriture et l'enquête principales, t. II, § **818**, *suprà*, § **856** et *infrà*, § **1124**.

[2] Pour savoir si une opération constitue une véritable expertise, on s'attache plutôt à son caractère qu'à la signification qui lui est donnée : des personnes que le tribunal a qualifiées d'arbitres peuvent n'être, au fond, que des experts (Voy., par exemple, req. 11 mars 1819, D. A. v° *Organisation des colonies*, n° 33); et, sur les cas où il y a matière à expertise, req. 22 juill. 1896, D. P. 96. 1. 560, S. 97. 1. 81, aj. *ib.* la note de M. Blondel).

[3] Req. 13 brum. an X (D. A. v° *cit.*, n° 202). Besançon, 5 déc. 1811 (D. A. v° *cit.*, n° 26). Montpellier, 13 févr. 1828 (D. A. v° *Vente*, n° 195). Req. 16 avr. 1861 (D. P. 61. 1. 433). Dijon, 15 déc. 1881 (D. A. v° *Expert*, supp., n° 6). Civ. rej. 21 févr. 1887 (D. P. 87. 1. 237). Trib. de Saint-Calais, 25 mars 1887 (D. P. 87. 3. 111). Civ. cass. 20 févr. 1889 (D. P. 89. 1. 419; S. 90. 1. 409). Douai, 4 déc. 1893 (D. P. 94. 2. 554; S. 94. 2. 142).

[4] Colmar, 26 juin 1828; Bordeaux, 28 mars 1831 (D. A. v° *Expert*, n° 20). Req. 15 juin 1870 (D. P. 71. 1. 64). Comp. le § précédent, note 9, où l'on a vu un juge de paix remplir des missions analogues sans jouer le rôle d'expert incompatible avec son caractère de magistrat, et l'arrêt de la chambre des requêtes du 16 juillet 1890, d'après lequel le garde forestier, qui a assisté un notaire dans la liquidation d'une succession comprenant des bois, n'est pas un expert (S. 91. 1. 380). Le tribunal peut-il, sans ordonner une expertise, demander à une personne de confiance les renseignements dont il a besoin? Voy., sur ce point, Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 463 et suiv.; Bonnier, *Des preuves*, n° 116.

[5] En nommant des experts ou arbitres-rapporteurs (Voy. t. I, § **287**, et *infrà*, § **1041**).

tière civile, avec le préliminaire de conciliation qui a précédé l'engagement de l'instance[6]. Tout ce que peut faire un tribunal de première instance en face d'un procès exceptionnellement compliqué, c'est d'en ordonner l'instruction par écrit[7]. Y a-t-il lieu de prescrire une expertise? C'est lui qui en décide souverainement : il peut l'ordonner à la demande des deux parties ou d'office[8], l'accorder à l'une d'elles malgré la résistance de l'autre[9], ou la leur refuser quand même elles s'accorderaient pour la demander[10]. C'est seulement par exception, et dans des cas très peu nombreux, qu'il doit l'ordonner dès qu'une partie la demande[11], et l'unique hypothèse où il soit tenu de la prescrire d'office est celle de la demande en rescision de la vente d'immeubles pour lésion de plus des sept douzièmes, où la lésion qui n'est pas justifiée par écrit ne peut se prouver que par l'expertise[12]. Dans tous les cas, le

[6] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 13 et suiv. Rodière, *op. et loc. cit.* Riom, 27 juill. 1809 (D. A. *v° cit.*, n° 25).

[7] Voy., sur cette forme particulière d'instruction, *infrà*, §§ **979** et suiv.

[8] Req. 22 oct. 1807 (D. A. v° *Appel civil*, n° 1293). Civ. rej. 4 janv. 1820 (D. A. v° *Expert*, n° 298). Req. 6 août 1833 (D. A. *v° cit.*, n° 49). Civ. rej. 3 déc. 1834 (D. A. v° *Obligations*, n° 1593). Req. 24 mai 1836 (D. A. v° *Dispositions entre-vifs et testamentaires*, n° 1867). Req. 25 avr. 1839 (D. A. v° *Successions*, n° 1705). Req. 4 janv. 1842 (D. A. v° *Expert*, n° 273). Les conclusions à fin d'expertise doivent être motivées (Limoges, 28 juill. 1890 ; D. P. 92. 2. 421). Le tribunal ne peut ordonner cette mesure d'office que dans les procès de sa compétence (Civ. cass. 21 juill. 1889; D. P. 89. 2. 323).

[9] Rennes, 23 déc. 1820 (D. A. *v° cit.*, n° 41). Civ. rej. 26 juin 1894 (D. P. 94. 1. 475). Req. 3 nov. 1896 (D. P. 97. 1. 351).

[10] Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 415. Civ. rej. 7 brum. an V (D. A. *v° et loc. cit.*). Req. 28 janv. 1808 (D. A. *v° cit.*, n° 39). Req. 10 oct. 1811 (D. A. *v° cit.*, n° 38). Orléans, 18 févr. 1812 (D. A. *v° cit.*, n° 19). Req. 10 nov. 1813 (D. A. v° *Jugement*, n° 13). Req. 17 mars 1819 (D. A. v° *Expert*, n° 39). Civ. rej. 7 déc. 1819 (D. A. v° *Louage*, n° 22). Civ. rej. 1er août 1821 (D. A. v° *Expert*, n° 43). Req. 7 juin 1826 (D. A. *v° cit.*, n° 38). Toulouse, 3 déc. 1835 (D. A. v° *Dispositions entre-vifs et testamentaires*, n° 4627). Req. 24 déc. 1835 et 18 août 1836 (D. A. v° *Expert*, n° 39). Civ. cass. 1er juill. 1856 (D. P. 56. 1. 274). Req. 6 juill. 1857 (D. P. 57. 1. 388). Req. 5 avr. 1875 (D. P. 77. 1. 74). Cons. d'Ét. 25 juin 1880 (D. P. 81. 3. 60). Civ. rej. 5 févr. 1890 (D. P. 90. 1. 399). Req. 29 juill. 1891 (D. P. 92. 1. 260; S. 92. 1. 518). Civ. rej. 24 oct. 1893 (D. P. 94. 1. 13; S. 94. 1. 77). Besançon, 20 févr. 1895 (D. P. 95. 2. 486). Nancy, 26 nov. 1895 (D. P. 96. 2. 96). Req. 27 janv. 1896 (S. 97. 1. 72). *Contrà*, Rennes, 5 juill. 1819 (D. A. *v° cit.*, n° 34).

[11] Art. 757, L. 22 frim. an VII, art. 17. Trib. de Vitry-le-François, 18 juill. 1890 (S. 91. 2. 423). Aj., mais en dehors de l'exercice de la juridiction contentieuse, art. 935, 955 et 971, C. civ., art. 126, 466, 824, 834 et 1559 ; et, en dehors de toute instance, C. civ., art. 453 et 662 (Voy. sur ces textes, les tomes VII et VIII). L'expertise n'est que facultative dans les cas prévus par les articles 195, 204 et 232, 1716 du Code civil, 5 de la loi du 10 juin 1854, et 19 de celle du 21 juin 1865.

[12] C. civ., art. 1678. *Observations du Tribunat* (Dans Locré, *op. cit.*, t. XIV, p. 129). Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 416.

jugement qui l'ordonne en énonce clairement l'objet[13], et nomme le juge-commissaire en spécifiant, s'il y a lieu, qu'il assistera aux opérations des experts[14]. La signification de ce jugement doit, suivant le droit commun, en précéder l'exécution, c'est-à-dire le commencement de l'expertise[15].

§ **859**. Les articles 304 et 306 partent de cette idée, qu'il est préférable de laisser aux parties le choix de leurs experts, et qu'il y a tout avantage à confier l'examen des difficultés techniques d'un procès à des personnes qui aient la confiance des plaideurs, et dont la décision soit plus facilement acceptée[1]. Il faut seulement : 1° que les parties soient maîtresses des droits sur lesquels elles plaident, car des incapables ou des mandataires sans pouvoir suffisant ne doivent pas pouvoir compromettre leurs propres intérêts ou ceux dont ils ont la garde, en choisissant des experts ignorants ou indignes[2]; 2° que le procès ne mette en présence que des intérêts privés, car on pourrait craindre que les parties ne s'entendissent avec des experts de leur choix, pour cacher à la justice des faits qu'elle aurait intérêt à connaître[3]; c'est ainsi qu'en matière d'inscription de faux les parties ne sont jamais appelées à désigner les experts[4]. Ces cas exceptés, le tribunal n'intervient que si les parties n'ont pas déjà fait leur choix lors du jugement qui ordonne l'expertise : si elles déclarent l'avoir fait, le tribunal se borne à leur en donner acte[5]; sinon, il

[13] Ce qui implique l'obligation pour les parties qui la demandent d'articuler les points sur lesquels elles désirent la voir porter (Civ. rej. 4 janv. 1820, D. A. *v° cit.*, n° 298; req. 3 mai 1830, D. A. v° *Pêche fluviale*, n° 45; Bordeaux, 18 avr. 1839, D. A. v° *Expert*, n° 326; civ. rej. 13 avr. 1840, D. A. *v° cit.*, n° 161).

[14] Art. 302 et 305. Amiens, 29 déc. 1821 (D. A. v° *Enquête*, n° 293).

[15] Besançon, 21 juin 1813 (D. A. v° *Expert*, n° 188). Civ. rej. 19 juill. 1837 (D. A. *v° cit.*, n° 23).

§ **859**. [1] Autrefois, les parties nommaient chacune leur expert, et, en cas de désaccord, le tribunal désignait un tiers-expert (O. avr. 1667, tit. XXI, art. 9 et 13). Voy. sur le mode de nomination des experts en matière d'enregistrement. L. 22 frim. an VII, art. 18; L. 23 août 1871, art. 15.

[2] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 24. La capacité et le pouvoir dont il s'agit ici sont la capacité et le pouvoir d'ester en justice (Voy. t. I, §§ **314** et suiv.).

[3] Arg. art. 232 (Voy. la note suivante).

[4] Art. 232 (Comp. t. II, § **810**).

[5] Elles font connaître leur choix par un acte au greffe, par des conclusions à l'audience, ou par une déclaration verbale (Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1168; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*).

désigne d'office les experts[6], en ajoutant que cette nomination ne sera définitive qu'à l'expiration d'un délai de trois jours qui court à partir de la signification du jugement[7], et pendant lequel les parties peuvent choisir d'autres experts et le déclarer au greffe[8] : expédient ingénieux, grâce auquel les experts se trouvent désignés d'avance si les parties les acceptent, et qui économise le temps et les frais en dispensant le tribunal de rendre, à cet effet, un second jugement[9]. Et, comme il n'y a là rien qui tienne à l'ordre public, et que, d'autre part, on ne doit pas supposer au tribunal l'intention de violer la loi et de supprimer le droit des parties, j'en conclus : 1° que le jugement n'est pas nul s'il a omis de réserver leur choix; qu'un jugement ultérieur peut combler cette lacune; que cette formalité n'est même pas nécessaire, et que les parties peuvent, comme si leur droit était expressément réservé, se sommer l'une l'autre de choisir les experts, et les désigner d'un commun accord avant l'expiration du délai[10]; 2° que le

[6] Il n'appartient qu'à lui de la faire, et le président n'en a pas le droit Req. 31 janv. 1822; D. A. *v° cit.*, n° 100). Le tribunal peut seulement donner commission rogatoire, à cet effet, soit au président ou à un juge d'un autre siège, soit à ce tribunal tout entier (Req. 20 mars 1860, D. P. 60. 1. 398; Douai, 7 mai 1894, D. P. 95. 2. 15). Il a même été jugé que les règles posées au présent § ne s'appliquent pas aux expertises que le tribunal ordonne d'office, et qu'il n'appartient alors qu'à lui de nommer les experts (Civ. rej. 21 oct. 1895; D. P. 96. 1. 417; S. 98. 1. 43).

[7] A partie, ou seulement à avoué? Voy., dans le premier sens, Aix, 9 déc. 1834 (D. A. *v° cit.*, n° 139); dans le second, Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 515. La cour de cassation a jugé, le 8 novembre 1869, que l'article 305 ne s'applique, en ce qui concerne le point de départ du délai, qu'à l'expertise ordonnée sur la demande des parties, et qu'en l'ordonnant d'office le tribunal peut prescrire aux parties de choisir leurs experts dans les trois jours qui suivent le prononcé du jugement (D. P. 69. 1. 507). Aj., sur le point de départ de ce délai, Orléans, 12 déc. 1810 (D. A. *v° cit.*, n° 107), et, sur le cas où l'expertise est ordonnée par défaut, le tome VI.

[8] Ou dans des conclusions signifiées, ou même verbalement à l'audience, car l'article 306 n'exige pas, à peine de nullité, qu'une déclaration soit faite au greffe (Carré, *op. cit.*, t. III, p. 93, note 1; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*).

[9] Bonnier, *Éléments de procédure civile*, n° 652. Le jugement de nomination des experts doit indiquer leurs noms, à peine de nullité (Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1164; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Bruxelles, 6 août 1808, D. A. *v° cit.*, n° 108; req. 31 janv. 1822, D. A. *v° cit.*, n° 100); mais un second jugement peut combler cette lacune et réparer cette nullité (Montpellier, 15 mai 1810; D. A. *v° cit.*, n° 58).

[10] Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 419. Req. 25 juill. 1820 (D. A. *v° cit.*, n° 173). Civ. rej. 7 nov. 1838 (D. A. *v° cit.*, n° 93). *Contrà*, Toulouse, 17 juin 1891 (D. P. 92. 2. 463); Bastia, 6 août 1892 (D. P. 93. 2. 222; S. 93. 2. 224). Comp. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 53; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1161; Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 465; civ. cass., 3 août 1896 (D. P. 97. 1. 11; S. 97. 1. 350); civ. cass. 22 déc. 1897 (D. P. 98. 1. 109).

délai de trois jours n'est pas comminatoire, et que les parties peuvent faire leur choix tant que l'expertise n'est pas réputée commencée par la prestation du serment des experts nommés d'office[11]; 3° que l'expertise à laquelle ces derniers auraient procédé avant l'expiration des trois jours n'est pas nulle[12], si les parties, en ne protestant pas, ont adhéré tacitement à ce mode de procéder, et, à plus forte raison, si elles y ont expressément consenti[13].

§ **860**. Le choix des parties ou du tribunal ne peut se porter que sur des personnes capables, mais toute personne peut expertiser et aucune n'en a le monopole : ces deux règles ne comportent qu'un petit nombre d'exceptions.

§ **861**. A. Le principe de la liberté du travail, proclamé par l'Assemblée constituante[1], a entraîné la suppression des experts-jurés qui possédaient autrefois, en titre d'office[2], le privilège de procéder aux expertises afférentes à leur état : jurés des arts et maîtrises, arpenteurs, mesureurs

[11] Colmar, 2 avr. 1851 (D. P. 54. 5. 335). Voy., dans le même sens, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 57; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1161 *bis;* Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 459; Bonnier, *op. cit.*, n° 653.

[12] Elle l'est en principe, cela ne peut faire aucun doute (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 53; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 465; Bruxelles, 6 août 1808, D. A. *v° cit.*, n° 101 ; Paris, 11 févr. 1811, D. A. *v° cit.*, n° 79; Colmar, 3 avr. 1830, D. A. *v° cit.*, n° 74; civ. cass. 20 nov. 1866, D. P. 66. 1. 439 ; req. 7 juin 1869, D. P. 71. 1. 117; cons. d'Ét. 11 mars 1881, D. P. 82. 3. 88; civ. cass. 15 mars 1881, D. P. 81. 1. 355). Toutefois, ce n'est pas une nullité d'ordre public, et qu'on puisse faire valoir pour la première fois devant la cour de cassation (Req. 7 juin 1869; D. P. 71. 1. 117).

[13] Civ. rej. 28 déc. 1831 (D. A. *v° cit.*, n° 96). Voy., au contraire, dans le cas où les parties n'ont comparu devant les experts irrégulièrement nommés qu'en réservant leur droit de se pourvoir en cassation contre la décision qui les a nommés, civ. cass., 22 déc. 1897 (D. P. 98. 1. 109). J'ai supposé dans ce § que les experts sont tous nommés par les parties ou par le tribunal. Les parties et le tribunal pourraient-ils concourir ensemble à cette nomination, les parties nommant chacune leur expert et laissant au tribunal le choix du troisième? Je n'y vois, pour ma part, aucun inconvénient, excepté dans le cas de l'article 1680 du Code civil qui s'y oppose expressément (Voy., en ce sens, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 50) ; mais la jurisprudence y paraît opposée (Metz, 25 mars 1812, Rennes, 13 juill. 1813, D. A. *v° cit.*, n° 97; Bordeaux, 18 avr. 1839, D. A. *v° cit.*, n° 326).

§ **860**...

§ **861**. [1] D. 2 mars 1791, art. 7.

[2] Voy., sur le sens de cette expression, t. I, § **102**.

de terre, experts-charpentiers, experts-maçons, etc. [3]. Les juges et, à plus forte raison, les parties ont aujourd'hui le droit de confier l'expertise à qui bon leur semble, même à une personne qui exercerait une profession étrangère à l'objet du litige [4], et il y aurait excès de pouvoir, de la part du tribunal, à circonscrire dans une liste exclusive le choix des experts qu'un juge de paix à ce commis aura le droit de désigner [5]. Ces règles s'appliquent même à Paris et dans les grandes villes, où des experts assermentés sont habituellement chargés de procéder aux constatations judiciaires : les parties sont libres de choisir d'autres experts; le tribunal lui-même, qui commet généralement ces personnes, peut s'adresser à d'autres, et, comme elles ne sont pas investies de fonctions permanentes, mais chargées de missions distinctes et temporaires, elles doivent prêter serment à chaque expertise qui leur est confiée [6]. Il n'y a d'exception que pour les commissaires-priseurs, qui ont le privilège des prisées de meubles à faire au chef-lieu de l'arrondissement où ils exercent [7].

§ **862**. B. Ici, comme ailleurs, la capacité est la règle, l'incapacité est l'exception : j'en conclus que les femmes comme les hommes, les étrangers comme les Français, les mineurs comme les majeurs, peuvent être pris pour experts non-seulement par les parties — ils sont alors de simples mandataires, et l'étranger, la femme et le mineur sont capables de recevoir un mandat [1] — mais encore par les tribunaux.

[3] Ferrière, *op. cit.*, v° *Experts*. On en trouve encore la trace dans l'article 34-3° du Code pénal, qui déclare les personnes dégradées civiquement incapables d'être « jurés-experts » (Voy. *infrà*, même §).

[4] Req. 10 août 1829 (D. A. *v° cit.*, n° 59).

[5] Civ. cass. 30 déc. 1822 (D. A. v° *Enregistrement*, n° 4824).

[6] Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 452 et suiv. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 513. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 416. Bonnier, *Des preuves*, n° 118. Voy., sur le serment des experts, *infrà*, § **868**.

[7] O. 26 juin 1816, art. 3. Voy., sur l'application de cette ordonnance, Orléans, 24 nov. 1819 (D. A. v° *Expert*, n° 60).

§ **862**. [1] C. civ., art. 1990 : « Les femmes et les mineurs émancipés peuvent « être choisis pour mandataires, mais le mandant n'a d'action contre le man- « dataire mineur que d'après les règles générales relatives aux obligations des « mineurs, et contre la femme mariée qui a accepté le mandat sans autorisation « de son mari, que d'après les règles établies au titre *Du contrat de mariage « et des droits respectifs des époux* ». On sait pourquoi le Code ne parle ici que de la femme mariée : la femme non mariée est pleinement capable de con-

Ce dernier point est contesté, et des auteurs enseignent que les mineurs, les femmes et les étrangers ne peuvent prendre part à l'expertise qu'à titre d'auxiliaires, et sur la demande des experts qui réclament leur concours[2]. On a, d'abord, argumenté en ce sens : 1° des articles 34-3° et 42-7° du Code pénal, qui assimilent les fonctions d'expert à celles de témoin instrumentaire dans les actes authentiques, lesquelles ne peuvent être remplies que par des citoyens français, c'est-à-dire par des personnes majeures, du sexe masculin[3], et de nationalité française[4]; 2° de l'authenticité, qui est le caractère certain du procès-verbal d'expertise[5], et qui ne peut appartenir qu'à un acte dressé par une personne en possession des droits politiques et, par suite, apte à remplir un office public[6]. C'est précisément ce rôle d'officiers publics qu'il est inexact d'attribuer aux experts[7]. 1° Peu importe l'authenticité de leur procès-verbal, car, s'ils ne peuvent la lui donner, ils ont le droit de le faire dresser par le greffier[8]. 2° Le fait que le Code pénal les assimile aux témoins instrumentaires ne prouve rien, car le même Code assimile aux experts et aux témoins instrumentaires les personnes appelées à témoigner en justice, qui n'ont pas nécessairement la jouissance des droits politiques[9]. 3° La capacité des femmes en fait d'expertise me paraissait déjà incontestable en présence de l'article 56 du Code civil,

tracter, excepté pour s'obliger par lettre de change (C. civ., art. 217; C. comm., art. 4, 5 et 113; voy. Gide, *Étude sur la condition privée de la femme* (Paris, 1867), p. 565 et suiv.). Quant au mineur, il est aussi capable avant qu'après son émancipation de recevoir un mandat (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 639; Rennes, 27 août 1819, D. A. v° *Mandat*, n° 63; Rouen, 27 févr. 1855, D. P. 56. 2. 275).

[2] Voy., en ce sens : 1° pour l'étranger, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 61, Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1163, Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*, Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 416, Bonnier, *op. cit.*, n° 114, et *Éléments de procédure civile*, n° 654, n° 114, Nancy, 9 févr. 1886 (D. P. 87. 2. 25, voy. *ib.* la note de M. Glasson); 2° pour la femme, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 62, Bonnier, *opp. et locc. citt.*; 3° pour le mineur, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 61.

[3] Voy., sur ce point, la suite de ce §.

[4] C. civ., art. 980. L. 25 vent. an XI, art. 9. Voy., sur les articles 34 et 42 du Code pénal, *suprà*, § **829**; et, sur les articles 980 du Code civil et 9 de la loi du 25 ventôse an XI, Demolombe, *op. cit.*, t. XXI, n°s 176 et suiv., Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VII, p. 116 et suiv., t. VIII, p. 203.

[5] Voy. *infrà*, § **871**.

[6] C. civ., art. 1317. Voy., sur les conditions de l'authenticité, t. II, § **705**.

[7] C'est pourtant le principe que pose Bioche, qui considère l'expertise comme la délégation partielle des fonctions du juge (*Op. et v° cit.*, n° 60).

[8] Voy. *infrà*, § **871**.

[9] Voy. *suprà*, § **829**.

qui confie et même impose à la sage-femme une mission plus importante que celle d'expert, celle de déclarer l'accouchement auquel elle a prêté assistance; mais ce point ne souffre plus aucun doute depuis la loi du 7 décembre 1897, aux termes de laquelle les femmes peuvent signer comme témoins dans tous les actes instrumentaires[10]. Leur capacité établie, celle des étrangers et des mineurs en résulte nécessairement[11], sauf l'exception contenue, pour les expertises médicales, dans la loi du 30 novembre 1892, sur l'exercice de la médecine, aux termes de laquelle « les fonctions de médecin-expert près « les tribunaux ne peuvent être remplies que par des doc- « teurs en médecine français; un règlement d'administration « publique détermine les conditions suivant lesquelles pourra « être conféré le titre d'expert devant les tribunaux »[12].

Les seules personnes incapables d'expertiser sont[13] : 1° les magistrats qui ont ordonné l'expertise, et qui ne peuvent jouer au procès d'autre rôle que celui de juges[14]; 2° les personnes interdites judiciairement pour cause d'imbécillité, de démence ou de fureur habituelle, qui sont présumées ne pas jouir de leur raison[15]; 3° les individus dégradés civiquement, ou privés, par suite de condamnations correctionnelles, du droit d'être experts devant les tribunaux[16]. Et encore y a-t-il entre ces trois incapacités cette différence que la première et la troisième ont un caractère d'ordre public, ne sont pas cou-

[10] Art. 1 (Voy. les travaux préparatoires de cette loi dans D. P. 97. 4. 133).

[11] Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, p. 516. L'arrêt du conseil d'État, du 30 juillet 1880 (D. P. 81. 3. 92), ne résout pas la question, et décide seulement que l'incapacité de l'étranger est couverte quand les parties ont laissé commencer l'expertise sans y faire opposition.

[12] Art. 14 (Voy. dans D. P. 93. 4. 14, note 1, les travaux préparatoires de cette loi et particulièrement de cet article; le règlement d'administration publique auquel il renvoie a été rendu le 22 novembre 1893).

[13] Il a été jugé en matière administrative — la même question pourrait se poser en matière civile — que les juges ne peuvent, à peine de nullité, commettre un expert qui a déjà procédé dans la même affaire à une expertise amiable (Cons. d'Et. 18 déc. 1896; D. P. 98. 3. 32).

[14] Voy. *suprà*, § **857**, note 6. Il en est de même du greffier (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 68; Carré, *op. et loc. cit.*, t. III, quest. 1163; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Rodière, *op. et loc. cit.*). Il y a même, d'une manière générale, incompatibilité entre les fonctions de juge et celles d'expert (Crim. cass. 17 févr. 1888; D. P. 88. 1. 141). Comp., sur la distinction du juge qui procéderait à une expertise, et de celui qui exécute une descente sur lieux, *suprà*, § **857**.

[15] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 61.

[16] C. pén., art. 34-3° et 42-7°. On appliquera ici tout ce que j'ai dit de ces articles *suprà*, § **829**.

vertes par l'acquiescement des parties, et peuvent être invoquées d'office, au lieu que les parties peuvent, à leurs risques et périls, confier l'expertise à un interdit judiciaire dont la lucidité leur paraît suffisante[17].

§ **863**. Que la nomination des experts vienne du tribunal ou des parties, elle n'est pas nécessairement définitive. 1° Les experts peuvent être empêchés de remplir la mission qui leur est confiée; ils peuvent même la refuser. Ils le peuvent absolument tant qu'ils n'ont pas prêté serment[1]; ils le peuvent encore après l'avoir fait, mais en répondant des frais et du préjudice occasionnés par leur refus tardif[2], à moins cependant que les parties ne leur aient pas remis des pièces dont ils estiment ne pouvoir se passer[3], que leurs frais de transport et de nourriture n'aient pas été consignés d'avance[4], ou qu'ils ne s'exposent à un grave dommage en remplissant la mission qui leur a été confiée. Il sont mandataires, et bénéficient, à ce titre, de l'article 2007 du Code civil, qui permet de renoncer impunément au mandat lorsqu'on ne peut le continuer sans éprouver soi-même un préjudice considérable[5]. Les parties d'un commun accord, ou le tribunal sur leur requête, commettent de nouveaux experts pour remplacer ceux qui déclinent leur mission[6]. D'ailleurs, il va de soi qu'un expert ne peut déléguer des fonctions qu'il n'a reçues qu'à raison de la

[17] Voy., sur ces divers points, Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*

§ **863**. [1] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 97. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 1189. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bonnier, *Éléments de procédure civile*, n° 661. Comp. Pons-Devier, *Du refus des médecins d'obtempérer à une réquisition régulière de l'autorité judiciaire* (dans la *France judiciaire*, t. XV, 1890, p. 85 et suiv., 97 et suiv.). Voy. sur le serment des experts, *infrà*, § **868**.

[2] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 316. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1191 *bis*. Montpellier, 10 févr. 1890 (D. P. 91. 2. 50).

[3] Angers, 5 déc. 1877 (D. P. 78. 2. 120).

[4] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 99. Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1190. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Grenoble, 27 nov. 1810 (D. A. *v° cit.*, n° 265). Il a cependant été jugé que les experts n'ont pas le droit d'exiger cette avance (Req. 21 nov. 1822, Grenoble, 23 juill. 1830, D. A. *v° cit.*, n° 112; Montpellier, 20 janv. 1840, D. A. *v° cit.*, n° 268; cons. d'Ét. 7 août 1875, D. P. 77. 3. 37).

[5] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 98. Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 479. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 423. Bonnier, *op. et loc. cit.*

[6] Art. 316. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 101. Colmar, 5 juin 1835 (D. A. *v° cit.*, n° 160). A Paris, le président remplace, par une ordonnance rendue sur requête, les experts qui ne peuvent ou ne veulent procéder à l'expertise (Bioche, *op.*, *v° et loc. cit.*).

confiance qu'il inspire[7]. 2° Sa nomination ne peut être rétractée jusqu'à ce qu'il ait prêté serment; à ce moment, l'expertise est censée commencée et les choses ne sont plus entières[8]. 3° Le jugement qui nomme les experts peut être frappé d'appel par l'une ou l'autre des parties[9]. 4° Les experts peuvent être récusés dans les cas où les témoins peuvent être reprochés[10].

§ **864**. *a*. La récusation des experts suppose, pour ceux que le tribunal a désignés, que le jugement de nomination n'est plus susceptible d'appel[1]; et, pour ceux qu'ont choisis les parties, que l'adversaire du récusant n'a pas consenti à rétracter leur nomination de concert avec lui[2]; mais ce qui

[7] Nîmes, 28 janv. 1852 (D. P. 54. 2. 144). Le médecin-expert, qui charge un de ses confrères de photographier à l'aide des rayons X un membre malade, ne lui délègue pas ses pouvoirs; il emprunte seulement son concours pour une opération matérielle (Lyon, 12 avr. 1897; D. P. 97. 2. 304; S. 97. 2. 295).

[8] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 56. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1162. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 419.

[9] Dans ce cas, il n'y a lieu d'observer ni les formes ni les délais de la récusation, qui s'appliquent seulement au cas où le jugement qui nomme les experts est passé en force de chose jugée par l'expiration du délai de l'appel (Agen, 11 déc. 1850; D. P. 51. 2. 54). On peut également faire annuler par cette voie la désignation d'experts qu'on ne pourrait peut-être pas récuser, les causes de récusation admises par la loi n'existant pas dans l'espèce.

[10] Le mot *reproche* se comprendrait mieux ici que le mot *récusation* (Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 471), et je renvoie, pour les détails, au commentaire de l'article 283 sur les causes de reproche des témoins (*Suprà*, §§ **830** et suiv.). Aj., sur l'expert qui aurait bu ou mangé avec la partie et à ses frais depuis sa nomination, Amiens, 7 déc. 1822 (D. A. *v° cit.*, n° 193) et 17 mars 1826 (D. A. *v° cit.*, n° 127), Bourges, 30 mars 1829 (D. A. *v° et loc. cit.*); sur celui qui aurait certifié des faits relatifs au procès, req. 12 nov. 1811 (D. A. *v° cit.*, n° 130), Chambéry, 30 mars 1871 (D. P. 73. 1. 29), cons. d'Ét. 25 juin 1880 (D. P. 81. 3. 60); sur celui qui aurait fourni antérieurement un rapport dans une affaire identique, civ. rej. 6 janv. 1897 (D. P. 97. 1. 191; S. 98. 1. 81, aj. *ib.* la note de M. Tissier); sur l'obligation d'apporter à l'appui de la récusation des faits précis et une preuve suffisante, civ. rej. 4 frim. an IX (D. A. *v° cit.*, n° 152), civ. rej. 13 avr. 1840 (D. A. *v° cit.*, n° 161), civ. cass. 8 janv. 1896 (D. P. 96. 1. 491; S. 96. 1. 136); et, sur la question de savoir si d'autres causes de récusation peuvent être ajoutées aux cas prévus par l'article 283, Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, supp., quest. 1175 *quinquies*, Bruxelles, 31 juill. 1811 (D. A. *v° cit.*, n° 128); Colmar, 12 nov. 1822, req. 24 janv. 1827, Bordeaux, 16 janv. 1833, crim. rej. 19 déc. 1833 (D. A. *v° cit.*, n° 129), Aix, 9 déc. 1834, Nancy, 11 nov. 1841 (D. A. *v° cit.*, n° 139), civ. rej. 6 janv. 1897 (D. P. 97. 1. 191; S. 98. 1. 81, aj. *ib.* la note de M. Tissier). L'arrêt précité du 6 janvier 1897 décide que les experts chargés de suppléer aux lumières du juge sont récusables, comme lui, dans tous les cas prévus t. II, §§ **754** et suiv. (Voy., sur ce point, la note précitée de M. Tissier).

§ **864**. Voy., à cet égard, le § précédent, note 9.

[2] C'est ce qui distingue la rétractation de la récusation : la première est faite d'un commun accord; la seconde est proposée par une partie, et jugée par le tribunal malgré la résistance de l'autre (Bonnier, *op. cit.*, n° 655).

distingue surtout ces deux hypothèses, c'est que, dans l'une, on peut proposer des causes de récusation antérieures ou postérieures au jugement, au lieu que, dans l'autre, on ne peut récuser les experts que pour des causes postérieures à leur nomination ou inconnues à ce moment : les causes de récusation antérieures et connues sont réputées couvertes par le choix des parties, qui implique, dans ces conditions, une confiance entière dans les experts sur lesquels il est tombé[3]. Quant aux causes de récusation postérieures au serment, elles ne peuvent être proposées que dans le cas où les experts nommés par le tribunal ou choisis par les parties ont prêté serment à l'instant même de leur nomination, en sorte que les parties n'ont pas eu le temps de les récuser avant que cette formalité fût accomplie[4]. Le tribunal fera donc mieux d'attendre, pour recevoir le serment des experts, l'expiration du délai fixé pour la récusation, délai de trois jours[5] qui courrait, à en croire l'article 309, à partir du jour même de la nomination des experts. Ceci ne laisse pas que de présen-

[3] L'article 308 dispose formellement que les experts nommés par le tribunal peuvent être récusés pour des causes antérieures au jugement, et que les experts choisis par les parties ne peuvent l'être que pour des causes postérieures à leur nomination. Le seul point qui reste douteux est de savoir si, dans ce dernier cas, les parties peuvent récuser les experts pour des causes antérieures à leur nomination et ignorées à cette époque. Je le crois, par la même raison qui m'a fait décider qu'un témoin peut être reproché pour des causes antérieures à sa déposition et inconnues à ce moment (Comp. *suprà*, § **846**, note 9). Il y a cependant cette différence entre les deux cas, que le reproche devra être prouvé par écrit (Voy. *ib.*), et que la cause de récusation pourra être prouvée par témoins (Voy. le § suivant). Comp., sur cette question, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 73; Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1173; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 421; Bonnier, *op. et loc. cit.* Sauf cela, la disposition de l'article 308 doit être appliquée à la lettre, et aucune récusation ne peut être admise en dehors des cas par lui prévus (Paris, 9 avr. 1864; D. P. 64. 2. 155).

[4] L'article 308 exclut formellement toute récusation qui serait fondée sur des causes postérieures au serment. Une exception s'impose évidemment dans le cas où les experts ont prêté serment immédiatement après avoir été nommés — ne pas l'admettre, ce serait supprimer le droit de récusation (Bordeaux, 2 août 1833; D. A. *v° cit.*, n° 139) — mais, ce cas mis à part, on ne peut faire valoir les causes de récusation postérieures au serment que pour déterminer le tribunal à s'écarter de l'avis des experts : il en tiendra tel compte qu'il jugera convenable (Paris, 9 avr. 1864, D. P. 64. 2. 155; *contrà*, Amiens, 7 déc. 1822, D. A. *v° cit.*, n° 133).

[5] Sans compter le *dies à quo* qui va être déterminé, mais y compris le *dies ad quem* qui est celui de la récusation. Ce n'est donc pas un délai franc (Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1174; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; comp. t. II, § **516**); il ne s'augmente pas non plus à raison de la distance (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 82; comp. t. II, § **517**).

ter une grave difficulté, car, si l'application littérale de cet article n'offre pas d'inconvénients quand les parties ont nommé leurs experts, elle est par trop rigoureuse quand c'est le tribunal qui les a nommés par un jugement peut-être inconnu de ces mêmes parties. Aussi a-t-on proposé, sur ce point, jusqu'à cinq opinions[6], dont la plus plausible[7] prend pour point de départ du délai, non plus le jugement qui nomme les experts, mais sa signification à avoué[8]. Cette solution, qui ne s'écarte du texte que le moins possible, a le double avantage d'éviter une forclusion tout à fait injuste, et d'être conforme au principe que les parties sont censées ignorer les jugements qui ne leur ont pas été signifiés[9]. Passé ce délai, on ne pourra proposer que des causes de récusation postérieures à la désignation des experts, et on devra, suivant l'esprit de la loi et par argument de l'article 309, les faire valoir dans un délai de trois jours à partir du moment où on les aura connues[10].

§ **865**. *b*. La récusation est proposée par un simple acte[1], signé de la partie ou de son mandataire spécial[2], non commu-

[6] La première applique l'article 308 à la lettre, et fait courir le délai de trois jours à partir du jugement (Metz, 25 mai 1812, D. A. *v° cit.*, n° 97; Rennes, 17 juin 1816, D. A. *v° cit.*, n° 139). La seconde lui donne pour point de départ l'expiration d'un premier délai de trois jours, qui court lui-même à compter de la signification du jugement (Montpellier, 17 avr. 1822; D. A. *v° et loc. cit.*). La troisième ne le fait courir que du jour où les parties ont eu, en fait, connaissance de ce jugement (Bordeaux, 16 janv. 1833; D. A. *v° cit.*, n° 135). Dans la quatrième, ces questions n'ont plus d'importance, parce qu'on admet que le délai de la récusation n'est pas fatal quand les experts ont été nommés d'office, et que les parties peuvent en obtenir la prorogation du tribunal en justifiant des obstacles de fait qui les ont empêchées d'exercer plus tôt leur droit de récusation (Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 472; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, p. 517; Rodière, *op. et loc. cit.*). Voy., sur la cinquième opinion à laquelle je me range, la note suivante; et, en sens divers, sur cette question, Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 78 et 79, Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1175 et 1175 *bis*, Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*, Bordeaux, 4 juill. 1832 (D. A. *v° cit.*, n° 144), Riom, 13 juin 1846 (D. P. 47. 2. 102).

[7] Bonnier, *op. cit.*, n° 657. Nancy, 11 nov. 1841 (D. A. *v° cit.*, n° 139). Paris, 5 mai 1875 (D. P. 76. 2. 120).

[8] Et même à partie, si ce jugement contient quelque condamnation (Aix, 9 déc. 1834, D. A. *v° et loc. cit.*; voy., sur cette règle, *infrà*, § **1191**).

[9] « *Paria sunt non esse et non significari* » (Voy. t. II, § **567**).

[10] Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*

§ **865**. [1] Voy., sur le sens de ce mot, t. II, § **796**, note 9.

[2] Par exception à la règle que l'avoué a qualité pour faire tous les actes de procédure au nom de son client (Voy. t. I, § **217**), il ne pourra signer l'acte de récusation qu'en vertu d'une procuration spéciale (Bioche, *op. et v° cit.*,

niqué à l'expert récusé[3], et contenant, avec l'indication de la cause de récusation, les preuves à l'appui ou l'offre de les fournir par écrit ou par témoins[4], car, à la différence des reproches formulés contre les témoins, la récusation des experts peut toujours être justifiée par une enquête[5]. Il est sursis à la réception du serment des experts[6]. L'incident est jugé à l'audience, sommairement[7], et sur les conclusions du ministère public[8]; si la récusation est admise, le tribunal nomme immédiatement et d'office de nouveaux experts, à moins que les parties, renonçant d'un commun accord à invoquer ce jugement, ne fassent elles-mêmes un nouveau choix[9]. Si la récusation est rejetée, les experts sont invités à prêter serment : ils peuvent demander des dommages-intérêts à la partie qui, en les récusant en vain, a compromis leur honneur ou leur considération[10], mais ils font ainsi contre elle un acte d'hostilité qui ne leur permet plus de procéder à l'expertise[11].

§ **866**. *c*. Les deux parties peuvent appeler du jugement rendu en matière de récusation[1], pourvu que le jugement du

n° 84; Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1175 *ter;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*). Il en est de même de l'avocat (Orléans, 11 mai 1821; D. A. *v° cit.*, n° 146). Aj., sur la forme de la récusation, Bordeaux, 16 janv. 1833 (D. A. *v° et loc. cit.*).

[3] L'expert n'est pas admis à y contredire : c'est seulement après le jugement sur la récusation qu'il pourra demander des dommages-intérêts (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 85; voy. *infrà*, même §).

[4] Faut-il désigner dès maintenant les témoins qu'on se propose de faire entendre? Voy., sur ce point, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 83; Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1175 *quater;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*

[5] Voy., sur la preuve des reproches en matière d'enquête, *suprà*, § **846**.

[6] Voy. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 86, et *suprà*, § **859**. Aj., sur le cas où les experts auraient prêté serment aussitôt après leur nomination, *ib.*

[7] Voy., sur la procédure sommaire, *infrà*, §§ **960** et suiv.

[8] Voy., sur ce point, t. I, § **202**.

[9] L'article 313, qui invite le tribunal à nommer immédiatement de nouveaux experts, n'a en vue que de hâter la marche du procès, et ne fait pas obstacle au droit, que les parties ont presque toujours (Voy. *suprà*, § **859**), de nommer leurs experts (Carré, *op. cit.*, t. III, p. 105, note 1; *contrà*, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 89). D'ailleurs, les nouveaux experts seront, le cas échéant, récusables aussi bien que les premiers (Bioche, *op.*, *v° et loc. cit.;* Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1181; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*).

[10] La partie adverse pourra aussi en demander pour le retard que la récusation aura apporté au jugement du procès (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 90; Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1182; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.;* Bonnier, *op. cit.*, n° 660).

[11] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 92. Quand même ils succomberaient dans leur réclamation (Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1184; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*).

§ **866**. [1] L'expert n'a pas qualité pour cela (Voy. le § précédent, note 3).

fond soit lui-même en premier ressort, car c'est le droit commun qu'on ne puisse appeler du jugement d'un incident qu'autant que le jugement du fond est lui-même susceptible d'appel[2], et l'article 391, aux termes duquel l'appel est de droit en matière de récusation des juges[3], s'explique par des considérations d'ordre public qui n'existent pas ici[4]. Cet appel ne suspend ni l'expertise ni le jugement du fond. La récusation est-elle admise, de nouveaux experts sont immédiatement nommés et entrent tout de suite en fonctions; est-elle rejetée, les experts inutilement récusés procèdent sur-le-champ à l'expertise; mais, comme l'arrêt de la cour d'appel qui admettrait définitivement la récusation entraînerait la nullité de leurs opérations, on dit avec raison que les parties peuvent demander et le tribunal ordonner d'office, attendu l'urgence, qu'il sera procédé par un autre expert[5]. On verra aux tomes V et VI de ce Traité que ces règles dérogent, dans l'intérêt de la prompte expédition de cette affaire, aux principes généraux en matière d'appel[6].

§ **867**. Ne nommer qu'un expert qui décidera sans contradiction ni contrôle, c'est donner trop de pouvoir à une seule personne; en nommer deux, c'est risquer de mettre le tribunal en présence de deux opinions opposées et souvent de poids égal, entre lesquelles il lui sera difficile de choisir[1]; en nommer plus de trois, c'est grossir inutilement les frais du procès, et provoquer des affirmations contradictoires qui apporteront aux juges plus d'embarras que de lumières. Aussi le principe est-il que l'expertise se fera par trois experts, le troisième départageant, au besoin, les deux autres, et formant avec l'un d'eux une majorité sur laquelle le jugement pourra

[2] Voy. le tome VI.

[3] Voy. t. II, § **763**.

[4] Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 474 et suiv. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 422. Bonnier, *op. cit.*, n° 659. *Contrà*, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 94; Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1178; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*

[5] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 95.

[6] Art. 308 à 314.

§ **867**. [1] Comp., sur l'autorité de l'avis des experts, *infrà*, § **873**; et, sur le partage d'opinion entre les juges, *infrà*, §§ **1065** et suiv.

s'appuyer[2]. Toutefois, l'application de ce principe exige des distinctions.

1° Les parties, qui ont le choix des experts[3], en commettent généralement trois, mais l'article 303 leur réserve la faculté de n'en nommer qu'un, et cette faculté est sous-entendue dans les cas mêmes où la loi dit, comme aux articles 1678 du Code civil[4] et 196 du Code de procédure[5], qu'il sera procédé par trois experts[6]. Il faut seulement, pour la validité de cette convention, que les parties soient majeures et maîtresses du droit litigieux, car le concours de trois experts est une garantie à laquelle ne renoncent valablement ni les incapables ni les mandataires munis d'un pouvoir insuffisant[7]. Je crois aussi que les parties peuvent, sous la même condition, convenir, à leurs risques, de nommer deux ou plus de trois experts : tant pis pour elles, si l'expertise ne donne, dans un cas, que des résultats négatifs, et enfle démesurément, dans l'autre, le mémoire des frais à payer par la partie qui succombera[8].

2° Le tribunal qui nomme les experts ne peut pas non plus en désigner deux seulement[9] ou plus de trois[10]. S'il l'a fait,

[2] Art. 303. Comment et dans quelle mesure? Voy. *infrà*, § **873**.

[3] Voy. *suprà*, § **859**.

[4] Voy., sur cet article, *suprà*, § **858**.

[5] Voy., sur cet article, t. II, § **800**.

[6] Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 514.

[7] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 32. Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1159. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit. Quid* du tuteur non autorisé par le conseil de famille? Voy. Carré, *op et loc. cit.*; Rennes, 24 mars 1813 (D. A. *v° cit.*, n° 88).

[8] Il ne paraît pas avoir été jamais jugé que les parties puissent convenir de nommer plus de trois experts, mais il résulte implicitement d'un arrêt de la cour de Nîmes, du 15 juillet 1835, qu'elles peuvent convenir d'en nommer deux (D. A. *v° cit.*, n° 76). Comment contester, d'ailleurs, ces deux solutions, lorsqu'il est à peu près constant que les parties qui ne nomment pas les experts peuvent, d'un consentement exprès ou tacite, autoriser le tribunal à en nommer deux ou plus de trois? Voy., sur ce point, *infrà*, même §; et, en sens contraire, Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 417.

[9] Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. cit.*, n° 651. *Quid* dans le cas de l'article 322 (*Infrà*, § **873**)? Voy. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 520; Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 429.

[10] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 41. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1158. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 417. Paris, 1er avr. 1811 (D. A. *v° cit.*, n° 76). Colmar, 3 avr. 1830 (D. A. *v° cit.*, n° 74). Civ. cass. 22 juill. 1850 (D. P. 50. 1. 220). On peut seulement nommer un suppléant en vue du cas où l'un des experts ne pourrait remplir sa mission (Rodière, t. I, p. 423; civ. rej. 13 avr. 1840, D. A. *v° cit.*, n° 161), ou adjoindre aux experts des personnes chargées de leur fournir les indications dont ils pourront avoir besoin (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 42; civ. rej. 4 janv. 1820, D. A. *v° cit.*, n° 298).

les parties peuvent attaquer son jugement, et poursuivre, au besoin, la nullité de l'expertise à laquelle il a été ainsi procédé[11]; mais elles peuvent aussi en accepter les conclusions, et cet acquiescement résultera suffisamment, à moins d'expresses réserves, de leur concours ou même de leur seule assistance aux opérations des experts[12]. Il en est de même du cas où le tribunal n'aurait nommé qu'un seul expert dans une expertise prescrite par la loi ou demandée par les parties : celles-ci seraient en droit d'attaquer le jugement ou de demander la nullité de l'expertise[13]; mais elles pourraient aussi, à condition d'être majeures et maîtresses de leurs droits[14], renoncer expressément ou tacitement au droit d'en faire valoir l'irrégularité[15]. Ces règles souffrent exception : 1) dans les partages, où la loi n'autorise que la nomination d'un seul expert[16]; 2) dans les ventes de biens des mineurs, où le tribunal nomme à son gré un ou trois experts[17]; 3) dans les expertises facultatives et ordonnées d'office, où

[11] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 44. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 514. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 417. Bonnier, *op. et loc. cit. Contrà*, req. 11 juin 1838 (D. A. *v° cit.*, n° 77).

[12] Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1158 et 1159. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 417 et suiv.

[13] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 38 et 39. Civ. cass. 15 janv. 1839 (D. A. v° *Obligations*, n° 1422). Civ. cass. 16 juill. 1890 (D. P. 91. 1. 20). Bastia, 6 août 1892 (D. P. 93. 2. 222; S. 93. 2. 224). Civ. cass. 3 août 1896 (D. P. 97. 1. 11; S. 97. 1. 350).

[14] Bioche, *op.*, *v° et loc. cit.* Rennes, 24 mars 1813 (D. A. *v° cit.*, n° 88). Req. 6 avr. 1825 (D. A. *v° cit.*, n° 83). Req. 22 févr. 1827 (D. A. *v° cit.*, n° 87). Req. 18 avr. 1827 (D. A. *v° cit.*, n° 86). Bourges, 1er août 1829 (D. A. *v° cit.*, n° 81). Req. 6 août 1829 (D. A. *v° cit.*, n° 87). Nancy, 11 mai 1832 ; Toulouse, 7 janv. 1837 (D. A. *v° cit.*, n° 84). Nancy, 18 mai 1843 (D. A. *v° cit.*, n° 81). Grenoble, 16 mai 1867 (D. P. 67. 5. 190). Req. 24 mars 1873 (D. P. 74. 1. 29). Et, comme ce n'est pas un compromis, la femme mariée dûment autorisée peut consentir, même au sujet de ses immeubles saisis, à ce qu'il soit procédé par un seul expert (Req. 6 janv. 1891, D. P. 91. 1. 479, S. 95. 1. 28; voy., sur les matières où il est permis de compromettre, le tome VIII).

[15] Voy., en ce sens, les autorités citées à la note précédente. Les parties ont même pu, en demandant l'expertise, conclure à la nomination d'un seul expert, et la seule difficulté qui se présente, à cet égard, est de savoir si cette demande doit être expresse. 1° Peut-elle résulter de conclusions subsidiaires tendant simplement à la nomination d'un ou trois experts? Voy. Toulouse, 17 juin 1891 (D. P. 92. 2. 463). 2° Le silence gardé par les parties, au moment de la nomination d'un expert unique, ne vaut-il acquiescement que s'il est confirmé par leur attitude ultérieure? Voy. Nancy, 11 mai 1832 (D. A. *v° cit.*, n° 84); civ. cass. 15 mars 1881 (D. P. 81. 1. 355).

[16] Art. 978. C. civ., art. 834. Il en est autrement dans la même matière, au cas de l'article 971 où le tribunal peut prononcer un ou trois experts (Voy., sur ces deux points, le tome VIII).

[17] Art. 955 (Voy. le tome VIII). Req. 25 nov. 1895 (D. P. 96. 1. 37).

c'est une question très controversée que de savoir si le tribunal est forcé de nommer trois experts[18]. La jurisprudence paraît aujourd'hui fixée dans le sens de la négative : elle argumente avec force de ce que le tribunal qui aurait eu le droit de refuser l'expertise a pu, à plus forte raison, fixer librement le nombre de personnes par lequel il y sera procédé, et de ce que l'article 303, qui prescrit d'en nommer trois, vise uniquement l'hypothèse d'une expertise demandée par les parties; elle en conclut que, malgré leur protestation, la désignation d'un seul expert est, en pareil cas, parfaitement régulière[19].

§ **868**. L'expertise commence par la prestation du serment que la loi demande aux experts, celui de bien et fidèlement remplir leur mission. Le moment où cette formalité peut s'accomplir étant venu — j'ai précisé ce moment aux §§ **859** et **863** — la partie la plus diligente adresse une requête au juge-commissaire, pour qu'il fixe les jour et heure de la prestation de serment; ou bien elle s'entend avec les experts, convient avec eux d'un rendez-vous, et demande au juge-commissaire l'autorisation de les convoquer aux jour et heure convenus, ainsi que les autres parties[1]. En vertu de cette ordonnance, sommation est faite aux uns et aux autres de se présenter devant le juge-commissaire; la signification de cette ordonnance vaut sommation[2], et ni l'une ni l'autre ne sont indispensables, car il n'y a que les experts dont la présence soit absolument nécessaire[3], et ils peuvent se présenter sur

[18] Voy., pour l'affirmative, Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 418; Nicias-Gaillard, *Examen doctrinal de la jurisprudence en matière civile* (dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. VI, 1855, p. 98 et suiv.); pour la négative, Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 514.

[19] Req. 10 juill. 1834; civ. rej. 22 févr. 1837; Colmar, 8 mars 1837; Poitiers, 2 févr. 1843 (D. A. *v° cit.*, n° 82). Req. 16 avr. 1855 (D. P. 55. 1. 203). Req. 25 mai 1859 (D. P. 59. 1. 463). Req. 15 juill. 1861 (D. P. 62. 1. 31). Req. 10 nov. 1868 (D. P. 69. 1. 501). Req. 19 avr. 1870 (D. P. 72. 1. 323). Req. 14 mai 1872 (D. P. 73. 1. 216). Req. 18 mars 1873 (D. P. 74. 1. 265). Bastia, 6 août 1892 (D. P. 93. 2. 222; S. 93. 2. 224). Civ. rej. 21 oct. 1895 (D. P. 96. 1. 417; S. 98. 1. 43). *Contrà*, Toulouse, 30 avr. 1810, Paris, 11 févr. 1811, Orléans, 27 mars 1822, civ. cass. 15 juin 1830, Poitiers, 3 janv. 1832, Colmar, 2 janv. 1834, D. A. *v° cit.*, n° 79; Nancy, 26 janv. 1843 et 27 août 1844, D. A. *v° cit.*, n° 80; Caen, 19 févr. 1850, D. P. 50. 2. 88; civ. cass. 20 nov. 1866, D. P. 66. 1. 439).

§ **868**. [1] D. 16 févr. 1807, art. 76, § 9, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 109. L'article 207 se borne à dire : « La partie la plus diligente prendra l'ordonnance du juge ».

[2] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 112 et suiv.

[3] « Sans qu'il soit nécessaire que les parties soient présentes » dit l'article

l'avis amiable qui leur est donné[4]. S'ils ne se présentent pas ou qu'ils refusent de prêter serment, ils sont présumés refuser la mission qui leur est confiée[5]; s'ils se présentent et qu'ils l'acceptent, ils prêtent serment dans une forme qui n'a rien de sacramentel[6], et le procès-verbal qui en est dressé fixe suivant leurs indications le jour et l'heure où ils commenceront leurs opérations : ils sont désormais tenus d'y procéder sous la sanction indiquée au § **863**. Ces formalités — excepté, bien entendu, l'indication des jour et heure qui peut être remplacée par une signification ultérieure[7] — sont substantielles en ce sens : 1° qu'elles doivent être observées même en cas d'urgence[8]; 2° qu'aucun expert n'est dispensé de prêter serment, à moins qu'il ne soit officier public et, comme tel, déjà assermenté[9]; 3° que le tribunal qui nomme les experts ne peut les exempter de cette formalité[10]. Il n'y a

307. J'en conclus qu'on peut se dispenser de les sommer ou de leur signifier l'ordonnance (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 113; Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1171; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 480; Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 420; Bonnier, *op. cit.* n° 663). Dans tous les cas, les parties seules ont le droit de s'y présenter, c'est-à-dire que, si elles s'y font accompagner par leurs avoués ou par leurs avocats, elles supportent les frais de cette assistance (Arg. D. 16 févr. 1807, art. 92, § 4, qui n'accorde de vacation à l'avoué, pour se présenter au serment des experts, qu'en matière de vérification d'écriture).

[4] La sommation n'est nécessaire que pour mettre les experts en demeure de prêter serment (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 112).

[5] Voy., sur ce refus, *suprà*, § **863**.

[6] Le juge peut choisir entre la formule de l'article 466 du Code civil : *serment de bien et fidèlement remplir leur mission*, celle de l'article 44 du Code d'instruction criminelle : *serment de faire leur rapport et de donner leur avis en leur honneur et conscience*, ou toute autre équivalente. Voy., sur cette espèce de serment, les observations présentées *suprà*, § **844**, et, sur la mention que « le mandat confié à l'expert lui a été donné sous la foi du serment prêté « par lui », mention qui fait preuve suffisante de la prestation de ce serment, crim. rej. 20 janv. 1893 (D. P. 95. 1. 213).

[7] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 116. *Contrà*, Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1185. Comp. civ. rej. 20 janv. 1891 (D. P. 91. 1. 153; S. 91. 1. 57).

[8] Rodière, *op. et loc. cit.* Et en toute matière (Voy., pour le faux incident civil et la vérification d'écriture, art. 207 et 236).

[9] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 102. Tel est le commissaire-priseur dans l'hypothèse indiquée *suprà*, § **861**. Aj. Rennes, 17 août 1812 (D. A. *v° cit.*, n° 331). La personne appelée à donner de simples renseignements, ou à faire une opération qui n'emporte pas l'expression d'un avis personnel sur les faits de la cause, n'est pas un expert (Voy. *suprà*, § **861**); aussi est-elle dispensée de prêter serment (Bordeaux, 28 mars 1831; D. A. *v° cit.*, n° 20). S'il est fait dans le même procès plusieurs expertises, il y a lieu à autant de prestations de serment (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 104), mais il en est autrement, si les experts sont invités, après leurs premières opérations, à présenter un rapport supplémentaire (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 105; req. 16 juin 1874, D. P. 75. 1. 165).

[10] Bourges, 13 juin 1820 (D. A. *v° cit.*, n° 165). Civ. cass. 8 mars 1831 (D. A.

que les parties capables ou suffisamment autorisées[11] qui puissent la supprimer par économie — c'est l'usage à Paris et dans les grandes villes[12] — ou accepter les conclusions d'experts qui n'ont pas prêté serment, bien qu'ils n'en aient pas été préalablement dispensés[13]. Le tribunal peut ordonner aussi, pour simplifier les formes et économiser les frais, que les experts prêteront serment devant le juge de paix du canton où ils procèderont[14]; il peut même, attendu l'urgence, fixer les jour et heure de l'expertise avant que cette formalité aie été remplie[15].

§ **869**. Une expertise se divise nécessairement en deux parties : 1° les vérifications des experts; 2° la rédaction de leur rapport. L'une et l'autre exigent, en principe, la présence ou, du moins, la convocation des parties[1]. Depuis le

v° *Consul*, n° 74). Rouen, 24 août 1842 (D. A. v° *Expert*, n° 163). Paris, 18 nov. 1868 (D. A. v° *cit.*, supp., n° 38). Req. 29 janv. 1844 (D. A. v° *Serment*, n° 90). Aix, 19 févr. 1867 (D. P. 67. 5. 191). Cons. d'Ét. 24 juin 1881 (D. P. 82. 3. 115). Douai, 2 nov. 1895 (D. P. 96. 2. 95). Aj., sur la nullité de l'expertise où les experts n'ont pas prêté serment sans en avoir été valablement dispensés, civ. cass. 4 mai 1891 (D. P. 92. 1. 388; S. 91. 1. 264); crim. cass. 8 avr. 1892 (D. P. 92. 1. 549; S. 94. 1. 521). Comp., en matière administrative, L. 22 juin 1889, art. 16.

[11] Elles ont seules qualité pour renoncer à cette garantie de la sincérité des experts (Bourges, 13 juin 1820, D. A. v° *Expert*, *loc. cit.*; comp. le § précédent). Toutefois, cette dispense, pas plus que le consentement à ce qu'il soit procédé par un seul expert (Voy., sur ce dernier point, *suprà*, *ib.*), ne peut être assimilée à un compromis (Voy., sur la conséquence qui en résulte pour la femme dotale, l'arrêt cité *ib.*, note 14).

[12] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 102. Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1172. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 515. Rodière, *op. et loc. cit.* Florence, 23 juin 1810 (D. A. v° *cit.*, n° 166). Bourges, 13 juin 1820 (D. A. v° *cit.*, n° 165). Req. 21 juill. 1830 (D. A. v° *cit.*, n° 166). Req. 21 janv. 1874 (D. P. 74. 1. 494). Civ. cass. 4 mai 1892 (D. P. 92. 1. 388; S. 91. 1. 264). Les juges du fond apprécient souverainement les faits d'où résulte la renonciation tacite des parties à cette formalité (Req. 21 janv. 1874; D. P. 74. 1. 494). Une partie qui a laissé, sans protester, des experts non assermentés commencer leurs opérations renonce-t-elle, par cela seul, à cette garantie? Voy. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 103.

[13] Req. 14 juill. 1857 (D. P. 57. 1. 398; cet arrêt en conclut que le moyen de nullité ne peut être proposé pour la première fois devant la cour de cassation; voy., sur les moyens nouveaux en cassation, le tome VI). Orléans, 10 août 1894 (D. P. 96. 2. 151).

[14] Ou devant un autre magistrat, en vertu d'une commission rogatoire (Voy., en ce sens, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 107; en sens contraire, Bruxelles, 11 et 20 févr. 1835, D. A. v° *cit.*, n° 170; et, sur les commissions rogatoires, t. II, § **543**).

[15] Art. 305, 307 et 315. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 119. Colmar, 24 déc. 1837 (D. A. v° *cit.*, n° 328).

§ **869**. [1] Les formes prescrites par la loi doivent être observées dans toutes les expertises, notamment en cas de faux incident civil et de vérification d'é-

commencement de l'expertise jusqu'à la fin, les experts doivent se renfermer dans la mission qui leur est donnée par le tribunal, à moins que les parties ne les invitent, d'un commun accord, à donner un avis sur un point qui n'est pas visé dans le jugement qui les a commis : une expertise ainsi étendue pourrait d'autant moins être annulée que le rapport des experts n'a jamais — on le verra au § **873** — que l'autorité que les magistrats croient devoir lui donner[2]. Quant au temps dont les experts disposent pour commencer leurs opérations, il est, en principe, illimité[3], sauf à la partie mécontente de leur lenteur à les sommer de faire diligence, et à demander leur remplacement si leur inertie non justifiée peut s'interpréter comme un refus d'expertiser[4]. Il en sera de même si le tribunal leur a fixé un délai[5] et qu'il soit écoulé, car il est comminatoire, et son expiration n'autorise les parties qu'à agir comme il vient d'être dit[6].

§ **870**. A. Quel que soit l'objet de l'expertise — visite de lieux, estimation, examen de travaux d'art, analyse chimique, ou comparaison d'écritures — les experts doivent y pro-

criture (Art. 207 et suiv., 236 et 237; Besançon, 29 mars 1817, D. A. v° *Vérification d'écriture*, n° 159; req. 10 août 1848, D. P. 48. 1. 211; Metz, 30 nov. 1869, D. P. 74. 5. 539), d'enregistrement (Req. 21 oct. 1895; D. P. 96. 1. 498; S. 97. 1. 102), et d'action rédhibitoire dans les ventes d'animaux domestiques (L. 2 août 1884, art. 7; req. 9 mai 1876; D. P. 77. 1. 491; Nancy, 2 déc. 1896, D. P. 97. 2. 87; voy. cep. la note dans S. 92. 1. 9). Toutefois, elles sont étrangères à l'expertise amiable (Req. 16 avr. 1861; D. P. 61. 1. 433; voy., sur cette expertise, *suprà*, § **858**), et aux visites et examens qui ne sont pas des expertises proprement dites (Req. 15 juin 1870, D. P. 71. 1. 64; cons. d'Ét. 17 déc. 1880, D. P. 82. 3. 11; voy. *suprà*, *ib.*).

[2] Req. 18 therm. an XII (D. A. v° *cit.*, n° 195). Montpellier, 2 mars 1827 (D. A. v° *cit.*, n° 291). Req. 11 nov. 1829 (D. A. v° *cit.*, n° 216). Req. 19 janv. 1876 (D. P. 76. 1. 266). Civ. cass. 19 nov. 1878 (D. P. 78. 1. 456). Civ. cass. 28 févr. et 1er mars 1881 (D. P. 81. 1. 300). Voy. cep. Nancy, 4 juin 1831 (D. A. v° *cit.*, n° 195).

[3] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 134. Le temps dans lequel la partie qui a obtenu l'expertise doit faire les diligences nécessaires pour qu'il y soit procédé, est également illimité : les délais dans lesquels l'enquête doit être commencée sont particuliers à cette procédure (Voy. *suprà*, §§ **840** et **841**).

[4] Voy., sur les conséquences de ce refus, *suprà*, § **863**.

[5] Il en a le droit (Rennes, 14 déc. 1829, D. A. v° *cit.*, n° 58; Orléans, 16 janv. 1837, D. A. v° *Action*, n° 311).

[6] Bioche, *op.*, v° *et loc. cit.* Pau, 25 janv. 1836 (D. A. v° *Expert*, n° 186). Il en est de même du délai dans lequel la partie qui a obtenu l'expertise doit, aux termes d'une disposition spéciale du jugement, faire diligence pour qu'elle commence (Rennes, 7 mai 1831; D. A. v° *cit.*, n° 58).

céder conjointement[1], et en dresser procès-verbal[2]. Ils ont plein pouvoir pour faire les constatations et recueillir les renseignements qui leur sont utiles[3], pour se faire remettre les pièces nécessaires[4], et même pour procéder à une enquête officieuse, c'est-à-dire pour entendre des témoins sans les assigner en forme, leur faire prêter serment, ni leur faire signer un procès-verbal[5]. Il faut seulement que les renseignements ainsi recueillis ne soient pas l'unique motif de leur opinion, et que le rapport où elle sera consignée mentionne également qu'ils ont procédé à des vérifications matérielles : autrement, l'expertise dégénérerait en enquête, et cette dernière serait nulle pour omission des formes réglementaires[6]. Dans tous les cas, les parties ont le droit de faire aux experts les observations, et de leur adresser les réquisitions qu'elles jugent convenables[7]; elles doivent donc être convoquées[8] aux constatations matérielles qui font l'objet de l'expertise[9],

§ **870.** [1] Ils ne peuvent pas plus déléguer l'un d'entre eux qu'une personne étrangère (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 132; comp. *suprà*, § **863**). Un des experts peut cependant procéder seul à une simple constatation matérielle, ou prendre seul des renseignements (Rennes, 11 août 1824, D. A. *v° cit.*, n° 218; req. 13 nov. 1867, D. P. 68. 1. 214; req. 15 mai 1876, D. P. 76. 1. 376).

[2] Il peut n'être pas signé des parties, et ne pas mentionner qu'invitées à signer, elles n'ont pu ou voulu le faire (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 131; Rennes, 17 août 1812, Orléans, 5 mai 1819, D. A. *v° cit.*, n° 182).

[3] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 136. Civ. rej. 9 janv. 1893 (D. P. 94. 1. 339; S. 94. 1. 138).

[4] Y compris le jugement qui les nomme, et qui peut ne leur avoir pas été signifié (Req. 30 nov. 1824; D. A. *v° cit.*, n° 205). Les experts, auxquels une partie refuserait communication de pièces par eux réclamées, ont le droit de décliner leur mandat (Voy. *suprà*, § **863**).

[5] Req. 6 nov. 1888 (D. P. 89. 1. 230). Quand même le jugement qui les nomme ne les y aurait pas autorisés expressément (Req. 22 avr. 1840, D. A. *v° Servitude*, n° 326; req. 23 nov. 1857, D. P. 58. 1. 56; req. 17 nov. 1858, D. P. 59. 1. 32; req. 31 juill. 1872, D. P. 73. 1. 489). L'interrogatoire des témoins ne doit porter que sur les faits relatifs aux vérifications des experts, et le jugement ne peut prendre pour base les dépositions de témoins interrogés officieusement par les experts sur des points étrangers à l'objet même de l'expertise (Toulouse, 16 juill. 1827, D. A. *v° Enquête*, n° 106; Bourges, 6 mars 1839, D. A. *v° Expert*, n° 196; Rennes, 8 janv. 1859, D. P. 59. 2. 107). Comment les témoins doivent-ils être entendus par les experts? Voy. *infrà*, note 9.

[6] Req. 31 juill. 1872 (D. P. 73. 1. 489).

[7] Et notamment faire leurs réserves, si la manière d'opérer des experts leur paraît irrégulière (Aix, 24 janv. 1832; D. A. *v° Appel civil*, n° 31). Voy., sur le résultat possible des dires et réquisitions des parties, *infrà*, même §.

[8] Seulement celles qui sont en cause au moment où l'expertise est ordonnée, et non pas celles qui interviendraient spontanément ou forcément après ce moment de la procédure (Req. 22 nov. 1871; D. P. 72. 1. 72; voy., sur ces deux espèces d'intervention, *infrà*, §§ **928** et suiv., **938** et suiv.).

[9] Quelles sont, parmi les opérations des experts, celles qui ont ce caractère? Les juges du fait en décident souverainement (Req. 11 nov. 1829; D. A. *v° Ex-*

par sommation à partie ou à avoué[10], par lettre recommandée[11], ou par invitation verbale[12] : si le jour et l'heure des opérations ont été fixés au moment de la prestation de serment et en présence des parties, cette indication vaut sommation et dispense de toute autre formalité.

Ces prescriptions doivent être suivies à peine de nullité, car la convocation des parties est une formalité substantielle, sans laquelle le travail des experts n'offre pas toutes les garanties qu'on est en droit d'exiger d'eux[13]; mais plus cette sanction est rigoureuse, moins il faut en exagérer l'application : 1° il est inutile de convoquer les parties aux études préliminaires des experts[14], à leurs délibérations[15], et aux séances où, leurs opérations closes, ils réunissent les éléments de leur rapport[16]; 2° l'invitation d'assister à l'expertise vaut pour toute sa durée, et n'a pas besoin d'être renouvelée à chaque vacation[17]; 3° la nullité de l'expertise à laquelle

peri, n° 216), mais les dépositions des témoins entendus officieusement sont de ce nombre (Orléans, 18 nov. 1825; D. A. *v° cit.*, n° 198).

[10] Cette sommation est faite par acte d'avoué, aux soins de la partie la plus diligente (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 121 et 122). Elle peut être faite à l'avoué de la partie adverse — c'est ce que suppose l'article 315 — ou à celle-ci personnellement (Bourges, 14 mars 1821, req. 13 nov. 1832, Orléans, 4 juin 1841, D. A. *v° cit.*, n° 185; req. 18 déc. 1871, D. P. 71. 1. 297).

[11] Cons. d'Ét. 24 juin 1881 (D. P. 82. 3. 115).

[12] Req. 7 mars 1843 (D. A. *v° cit.*, n° 242). *Contrà*, Pau, 25 janv. 1836 (D. A. *v° cit.*, n° 186).

[13] L. 2 août 1884 sur les vices rédhibitoires (Art. 18). Bioche, *op. et v° cit.*, n° 133. Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1186. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 424. Bonnier, *op. cit.*, n° 665. Besançon, 21 juin 1813; Bruxelles, 23 janv. et 17 juill. 1817; Rennes, 15 mars 1821 (D. A. *v° cit.*, n° 188). Grenoble, 20 août 1825 (D. A. *v° cit.*, n° 183). Poitiers, 17 févr. 1830; Colmar, 11 juill. 1832 (D. A. *v° cit.*, n° 188). Pau, 25 janv. 1836 (D. A. *v° cit.*, n° 186). Rennes, 2 mai 1861 (D. P. 62. 2. 66). Orléans, 30 déc. 1865 (D. P. 66. 2. 68). Req. 28 juin 1869 (D. P. 71. 1. 223). Angers, 10 nov. 1869 (D. P. 69. 2. 205). Caen, 22 avr. 1874 (D. P. 76. 5. 229). Civ. cass. 5 févr. 1879 (D. P. 79. 1. 126). Civ. cass. 5 janv. 1881 (D. P. 81. 1. 129). Civ. cass. 23 août 1881 (D. P. 81. 1. 470). Cons. d'Ét. 24 juin 1881 (D. P. 82. 3. 115). Amiens, 24 mars 1892 (D. P. 92. 2. 543). Req. 14 déc. 1892 (D. P. 93. 1. 231; S. 93. 1. 308). *Contrà*, Rennes, 16 juill. 1818 (D. A. *v° cit.*, n° 207); req. 21 nov. 1820 (D. A. *v° cit.*, n° 182); Chambéry, 10 mars 1871 (D. P. 73. 1. 29); req. 18 déc. 1871 (D. P. 71. 1. 297).

[14] Civ. cass. 10 mars 1858 (D. P. 58. 1. 100). Req. 9 août 1876 (D. P. 78. 1. 18). Civ. cass. 5 janv. 1881 (D. P. 81. 1. 129).

[15] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 138 et 143. Bonnier, *op. cit.*, n° 668.

[16] Rennes, 11 août 1824 (D. A. *v° cit.*, n° 218). Comp. civ. rej. 12 mai 1897 (D. P. 97. 1. 517; S. 97. 1. 320).

[17] Art. 1034. Il en est autrement si l'expertise n'est pas continuée, mais le commencement des opérations remis à un autre jour (Carré, *op. et loc. cit.*; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*). Voy., sur l'application de l'article 1034, Paris, 30 flor. an X (D. A. *v° cit.*, n° 210); req. 1er juill. 1813 (D. A. *v° cit.*, n°

les parties n'ont pas été convoquées, est couverte par l'engagement qu'elles prennent de s'y présenter sans sommation[18], par le fait qu'elles y ont assisté sans réclamer[19], et par les conclusions qu'elles posent devant le tribunal pour soutenir ou pour combattre l'avis émis par les experts[20].

Quant à la présence même des parties, il va de soi qu'elle n'est pas indispensable, et qu'elles ne peuvent pas rendre l'expertise impraticable en refusant ou en négligeant d'y assister[21]; mais il n'est pas moins certain qu'on ne doit rien faire pour rendre leur présence impossible, qu'il faut, à peine de nullité, leur donner le temps nécessaire pour assister aux opérations[22], et qu'on n'a pas le droit d'y procéder avant le jour pour lequel on les a convoquées[23]. Leurs dires et réquisitions sont consignés au procès-verbal[24]; mais les experts ne sont pas tenus d'y déférer[25], et ils peuvent, si les parties soulèvent une difficulté sérieuse, les renvoyer à l'audience pour en obtenir la solution[26].

§ **871**. B. Les vérifications erminées, les renseignements pris, et les parties entendues s'il y a lieu, les experts en doi-

212); Rennes, 11 août 1824 (D. A. *v° cit.*, n° 218); civ. cass. 19 juin 1838, Bourges, 22 déc. 1843 (D. A. *v° cit.*, n° 214); Nimes, 12 févr. 1868 (D. P. 71. 1. 117); trib. de Mantes, 9 janv. 1869 (D. P. 71. 2. 13); req. 7 juin 1869 (D. P. 71. 1. 117). Les juges du fait apprécient souverainement si une partie qui a été convoquée une première fois, puis n'a plus reçu de convocation, s'est tenue suffisamment au courant des opérations subséquentes pour qu'on puisse dire que les droits de la défense n'ont pas été violés en sa personne (Req. 5 juin 1893, D. P. 94. 1. 123; comp. req. 2 août 1897. D. P. 97. 1. 591).

[18] Rennes, 18 nov. 1815 (D. A. *v° cit.*, n° 182). Bordeaux, 2 août 1833 (D. A. *v° cit.*, n° 136). Req. 18 mai 1847 (D. P. 47. 4. 242).

[19] Montpellier, 27 mars 1824; Dijon, 11 mars 1828 (D. A. *v° cit.*, n° 185). Civ. cass. 10 mars 1858 (D. P. 58. 1. 100). Chambéry, 10 mars 1871 (D. P. 73. 1. 29). Cons. préf. de la Seine, 28 mai 1878 (D. P. 81. 3. 28). Req. 21 oct. 1895 (D. P. 96. 1. 498; S. 97. 1. 102).

[20] Req. 7 juin 1869 (D. P. 71. 1. 117). Req. 9 mai 1876 (D. P. 77. 1. 491). Trib. d'Alençon, 10 juill. 1894 (D. P. 97. 1. 517).

[21] Amiens, 25 nov. 1824 (D. A. v° *Appel civil*, n° 596). Civ. cass. 18 nov. 1891 (S. 92. 1. 9).

[22] Faut-il y ajouter les délais de distance, tels qu'ils sont fixés par l'article 1033 (T. II, §§ **522** et suiv.)? Voy., pour l'affirmative, Orléans, 30 déc. 1865 (D. P. 66. 2. 68); pour la négative, Rodière, *op. cit.*, t. I, n° 421.

[23] Besançon, 21 juin 1813 (D. A. *v° cit.*, n° 188).

[24] Voy., sur ce procès-verbal, *suprà*, note 2.

[25] Req. 7 janv. 1808 (D. A. *v° cit.*, n° 208).

[26] Art. 315, 317 et 1034 (Voy., sur ces articles, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 131; Constant, *L'article 317 du Code de procédure et l'expertise médico-légale*, dans la *France judiciaire*, t. XVIII, 1894, p. 5 et suiv.).

vent au tribunal un rapport ou récit circonstancié[1], auquel ils joignent l'expression motivée de leur opinion[2]. Ce travail doit être écrit[3], à moins que les parties capables ou dûment autorisées n'autorisent les experts à faire un rapport verbal à l'audience[4]. C'est un acte authentique, non pas quant aux appréciations des experts qui peuvent être combattues par toute sorte de moyens et d'arguments[5], mais quant à leurs constatations qui ne peuvent être attaquées que par l'inscription de faux[6]. Ils ont agi à titre officiel, et même requis l'assistance d'un greffier s'ils n'avaient pas qualité pour dresser un acte public[7]; ils ont, je le suppose, observé les formes requises; ils parlent *de visu et de auditu* : toutes les conditions de l'authenticité sont, par conséquent, réunies[8].

§ **871.** [1] Ils ne doivent s'occuper que des faits qui font l'objet de l'expertise (Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1200; Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 481); ce qui est de trop ne passe pas en taxe, mais n'entraîne pas la nullité du rapport (Orléans, 30 juill. 1818, D. A. *v° cit.*, n° 230; req. 13 févr. 1823, D. A. *v° cit.*, n° 225). La jurisprudence n'exige pas que le rapport mentionne, à peine de nullité, l'accomplissement des formalités requises par la loi ; mais cette tolérance, inspirée par la crainte de prodiguer les nullités qui sont la principale source des frais et des lenteurs de la procédure, est contraire au principe que les actes authentiques doivent contenir en eux-mêmes, pour qu'on n'ait pas à la chercher ailleurs, la preuve de l'observation des formes prescrites pour leur validité (Voy., sur ce principe, t. II, § **609**; et, sur ce cas particulier, Orléans, 27 mai 1818, D. A. *v° cit.*, n° 294, Orléans, 5 mai 1819, D. A. *v° cit.*, n° 235, req. 10 août 1829, D. A. *v° cit.*, n° 59, Bordeaux, 2 août 1833, D. A. *v° cit.*, n° 136, req. 7 mars 1843, D. A. *v° cit.*, n° 242).

[2] Colmar, 5 mai 1809 (D. A. *v° cit.*, n° 226). Rennes, 16 juill. 1818 (D. A. *v° cit.*, n° 207). Orléans, 20 déc. 1821; Bourges, 19 mars 1822 (D. A. *v° cit.*, n° 227). Les experts sont libres de donner à cette partie de leur rapport la forme qui leur convient (Req. 22 juill. 1884; D. P. 85. 1. 253).

[3] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 135. Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1191 *ter*. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 487 et suiv.

[4] Bordeaux, 15 déc. 1870 (D. P. 71. 5. 175).

[5] Boitard et Colmet-Daage, *op. cit.*, t. I, n° 520. Bonnier, *op. cit.*, n° 674, et *Des preuves*, n° 119.

[6] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 198. Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1223. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 495. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. et loc. cit.* Riom, 15 févr. 1815; Agen, 25 mai 1824 (D. A. *v° cit.*, n° 245). Amiens, 31 août 1826 (D. A. *v° cit.*, n° 246). Req. 14 janv. 1836 (D. A. v° *Obligations*, n° 2658). Bourges, 11 juin 1839 (D. A. v° *Acquiescement*, n° 689). *Contrà*, Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 424. Par la même raison, le procès-verbal d'experts fait foi de sa date par lui-même et sans enregistrement (Bioche, *op.*, *v° et loc. cit.*; Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 496; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*, *contrà*, Rodière, qui, n'admettant pas qu'il soit authentique, ne lui reconnaît date certaine qu'à l'égard des parties dont les experts sont les mandataires (*Op. et loc. cit.*; voy., sur la date certaine en matière d'actes authentiques et sous seing privé, t. II, §§ **705** et **710**).

[7] Voy. *suprà*, § **862**, et *infrà*, même §.

[8] Voy., sur les actes authentiques, t. II, § **710**.

Les experts doivent se conformer, dans leur rapport, aux prescriptions suivantes. 1° Ils le déposent sans retard, c'est-à-dire après le temps moral dont ils ont besoin pour le rédiger[9]; en cas de retard ou de refus, ils peuvent être assignés[10] à trois jours[11], sans préliminaire de conciliation[12], devant le tribunal qui, jugeant sommairement[13], leur intime l'ordre de se mettre en règle[14], commet, au besoin, d'autres experts, et condamne, s'il y a lieu, les retardataires aux frais de l'expertise inachevée et aux dommages-intérêts réclamés par les parties[15]. 2° Le rapport est fait sur le lieu contentieux ou dans un autre indiqué par les experts[16], à un jour et à une heure également fixés par eux[17], en sorte que les parties puissent présenter leurs dernières observations avant la clôture du rapport[18]; il est inutile de les sommer d'y assister[19]; il est même inutile de leur en indiquer le jour et l'heure,

[9] Il n'y a pas plus de délai fixe pour finir l'expertise que pour la commencer (Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1206; comp. *suprà*, même §); et, si un délai a été fixé pour le dépôt du rapport, il n'est que comminatoire (Nîmes, 27 janv. 1880; D. A. v° *Expert*, supp., n° 76).

[10] Jamais avant d'avoir prêté serment (Orléans, 21 janv. 1860; D. P. 61. 5. 204).

[11] Attendu l'urgence (Comp. t. II, § 672).

[12] 1° Parce que l'affaire requiert célérité, comme le prouve l'assignation valablement donnée à trois jours, 2° parce qu'elle est incidente (Voy., sur ces deux causes de dispense du préliminaire de conciliation, t. II, §§ 618 et 623).

[13] Voy., sur cette manière de procéder, *infrà*, §§ 959 et suiv.

[14] « ... Pour se voir condamner, même par corps s'il y échet, à faire ledit « dépôt » dit l'article 320, abrogé, sur ce point, par la loi du 22 juillet 1867 qui a supprimé la contrainte par corps (Art. 1; voy. le tome IV).

[15] Voy., sur ce point, Besançon, 4 mars 1856 (D. P. 57. 2. 25).

[16] L'article 317 abroge par cette disposition l'article 135 de la coutume de Paris, qui exigeait que le rapport fût fait sur les lieux et séance tenante, de peur que les experts ne fûssent influencés par des circonstances étrangères et postérieures à l'expertise (Ferrière, *Nouveau commentaire sur la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, t. I, p. 402).

[17] Ce peut être un jour de fête légale, l'article 1037 (Voy. t. I, § 34) ne s'appliquant qu'aux significations, aux exécutions, et aux actes du ministère du juge (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 142; Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1198; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Bourges, 30 mars 1829, D. A. *v° cit.*, n° 127; *contrà*, Toulouse, 4 déc. 1806, D. A. *v° cit.*, n° 243).

[18] Cette formalité est-elle requise à peine de nullité? La question est controversée, mais la jurisprudence penche plutôt vers la négative. Voy., en ce sens, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 140, Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1198 *ter* et 1199, Bourges, 2 août 1810, Colmar, 2 juill. 1814, Toulouse, 19 mars 1817 et 10 oct. 1823, Metz, 13 nov. 1823, Agen, 16 juill. 1828 (D. A. *v° cit.*, n° 218), Bourges, 30 mars 1829 (D. A. *v° cit.*, n° 127), req. 10 août 1829 (D. A. *v° cit.*, n° 59), Poitiers, 25 nov. 1872 (D. P. 73. 2. 93); et, en sens contraire, Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 483, Nancy, 19 sept. 1814, Besançon, 3 mars 1820 et 26 juill. 1821 (D. A. *v° cit.*, n° 221).

[19] Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1198 *ter*. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 425, note 1.

si elles ont été tenues au courant des opérations antérieures et mises à même de faire leurs réquisitions[20]. 3° Si le rapport est écrit[21], il se divise en deux parties : la première énonce le transport des experts, leurs vérifications, et les dires des parties qui peuvent assister à sa rédaction; la seconde, qui contient l'avis des experts, est délibérée et rédigée en secret comme un jugement[22]. 4° Le rapport est écrit par un des experts[23], par le greffier[24] de la justice de paix du lieu de l'expertise[25], ou même par un tiers[26]; il est signé d'eux tous[27] ou, du moins, de la majorité d'entre eux[28]; s'ils ne savent pas écrire, c'est le greffier de la justice de paix qui écrit le rapport et le signe pour eux[29]. 5° Il n'est fait qu'un seul rapport[30] et émis qu'un seul avis, à la pluralité des

[20] Montpellier, 19 juill. 1821 (D. A. *v° cit.*, n° 220). Montpellier, 27 mars 1824; Rennes, 11 août 1824; req. 7 déc. 1826 (D. A. *v° cit.*, n° 218). Civ. rej. 20 août 1824 (D. A. *v° cit.*, n° 92). Req. 11 nov. 1829 (D. A. *v° cit.*, n° 216). Bordeaux, 4 juill. 1832 (D. A. *v° cit.*, n° 219). Pau, 25 juin 1840 (D. A. *v° cit.*, n° 218). Req. 26 nov. 1866 (D. P. 67. 1. 64).

[21] Il peut être verbal (Voy., *suprà*, même §).

[22] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 143. Voy., sur la rédaction des jugements, *infrà*, § **1069.**

[23] Le rapport est censé écrit par un expert, quand le brouillon par lui rédigé a été recopié par un écrivain public (Req. 20 juin 1826; D. A. *v° cit.*, n° 242), ou que le rapport a été dicté par l'un des experts en présence des autres (Req. 7 mars 1843; D. A. *v° et loc. cit.*).

[24] L'article 317 ne suppose le rapport écrit par le greffier que dans le cas où les experts ne savent pas tous écrire; mais la jurisprudence entend cet article en ce sens que les experts peuvent toujours, lors même qu'ils savent tous écrire, dicter le rapport au greffier ou même lui en confier la rédaction, sauf à l'approuver ou à la rejeter ensuite (Paris, 21 juin 1814, D. A. v° *Contrat de mariage*, n° 1541; Orléans, 9 janv. 1847, D. P. 47. 2. 22; req. 18 mai 1847, D. P. 47. 4. 241).

[25] Ou même du tribunal de première instance du même lieu (Paris, 21 juin 1814; D. A. *v° et loc. cit.*).

[26] Orléans, 6 mai 1824; req. 2 mars 1825 (D. A. v° *Expert*, n° 241). Req. 20 juin 1826 (D. A. *v° cit.*, n° 242).

[27] Si l'un d'eux est décédé avant la rédaction du rapport, il suffit de constater qu'il a pris part aux opérations et formulé son avis (Bourges, 19 mars 1822; D. A. *v° cit.*, n° 244).

[28] Orléans, 14 nov. 1817 (D. A. *v° et loc. cit.*). Req. 21 nov. 1820 (D. A. *v° cit.*, n° 182). Agen, 30 juill. 1828; Caen, 25 juin 1840 (D. A. *v° cit.*, n° 344). Orléans, 9 janv. 1847 (D. P. 47. 2. 22). Req. 18 mai 1847 (D. P. 47. 4. 241).

[29] A peine de nullité, si le rapport n'est pas signé par le greffier, et même s'il est signé mais non écrit par lui, suivant deux arrêts qui paraissent bien rigoureux (Bruxelles, 7 juill. 1831, D. A. *v° cit.*, n° 236; Orléans, 28 juill. 1848, D. P. 49. 2. 24).

[30] Civ. cass. 30 janv. 1849 (D. P. 49. 1. 37). Req. 1er févr. 1864 (D. P. 64. 1. 135). Dijon, 24 mars 1893 (S. 93. 2. 128). Lorsqu'un expert s'obstine à vouloir présenter un rapport distinct, il y a lieu de le remplacer (Orléans, 17 janv. 1863; D. A. *v° cit.*, supp., n° 69). L'unité de rapport n'est cependant pas prescrite à peine de nullité, ou, du moins, cette nullité n'est que d'intérêt privé (Req. 2 juill.

voix[31]; si les experts ne sont pas unanimes, le rapport exprime les motifs des différentes opinions, mais sans faire connaître l'avis personnel de chacun des experts, pour qu'on ne puisse pas, à l'audience, les opposer les uns aux autres et mettre en balance leur mérite respectif[32]. 6° La minute du rapport est déposée au greffe du tribunal qui a nommé les experts[33].

Toutes ces règles ne sont pas prescrites à peine de nullité : l'oubli d'une ou plusieurs d'entre elles n'invalide l'expertise, aux termes de l'article 1030, que si elles sont à considérer comme substantielles[34], et les seules auxquelles la jurisprudence reconnaisse ce caractère sont : 1° le dépôt d'un rapport écrit, quand les parties n'ont pu et voulu se contenter d'un rapport verbal[35]; 2° l'existence de motifs suffisants à l'appui du rapport[36]; 3° l'intervention du greffier, quand tous les experts ne savent pas écrire[37]. Et encore cette nullité n'est-elle pas d'ordre public, et se couvre-t-elle par le silence des parties qui ont seules le droit de l'invoquer[38].

§ **872**. Le dépôt du rapport au greffe met fin à la mission des experts, qui n'en peuvent rédiger un second que si le tri-

1889, D. P. 90. 1. 479; S. 92. 1. 376, voy. la note *ib.*). Dans tous les cas, la loi n'est pas violée sur ce point, si les experts ont chargé l'un d'entre eux de faire seul un travail matériel sans influence sur la solution du litige, comme la levée d'un plan (Req. 5 juin 1893; D. P. 94. 1. 123).

[31] Voy., sur l'application de cette règle, Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1200.

[32] Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 520.

[33] Elle ne peut être déposée ailleurs, et un notaire qui l'aurait reçue pourrait être contraint à la rétablir au greffe à ses frais (Civ. rej. 8 avr. 1845; D. P. 45. 1. 238).

[34] Civ. rej. 20 janv. 1891 (D. P. 91. 1. 153; S. 91. 1. 57). Req. 21 oct. 1895 (D. P. 96. 1. 498; S. 97. 1. 102). Aj., sur ce point, *suprà*, note 30; et voy., sur l'interprétation de l'article 1030, t. II, §§ **498** et suiv.

[35] Voy. l'arrêt cité *suprà*, note 4.

[36] Voy. les arrêts cités *suprà*, note 2.

[37] Voy. les deux arrêts cités *suprà*, note 29.

[38] Montpellier, 19 janv. 1821 (D. A. *v° cit.*, n° 220). Bordeaux, 2 août 1833 (D. A. *v° cit.*, n° 136). Voy., sur le moment après lequel il n'est plus permis de le faire valoir, req. 13 janv. 1879 (D. A. v° *Exceptions*, supp., n° 138); Riom, 3 déc. 1885 (D. P. 86. 2. 219); Paris, 27 févr. 1886 (D. P. 88. 2. 191). Le projet de 1894 simplifie la procédure de l'expertise : elle est faite par un seul expert si le tribunal n'en a autrement ordonné; le jugement qui le nomme n'est pas signifié; son serment est remplacé par une simple affirmation de sincérité; le tribunal apprécie librement les causes de récusation; s'il y a plusieurs experts et qu'ils soient en désaccord, le rapport fait connaître, pour chaque opinion, le nom de l'expert ou des experts qui l'ont émise; les procès-verbaux d'expertise ne sont pas signifiés (P. 64 et suiv., et 68).

bunal ordonne une expertise nouvelle ou un supplément d'expertise[1]. Le président taxe leurs vacations[2], indique la taxe au bas de la minute, et délivre exécutoire[3] : 1° contre la partie qui doit payer les frais; 2° contre celle qui a requis l'expertise, lorsqu'elle a été ordonnée malgré l'opposition de l'adversaire[4], 3° contre la partie qui l'a poursuivie en faisant les diligences indiquées aux §§ précédents, quand le tribunal l'a prescrite d'office[5]; 4° contre les deux parties solidairement, dans le cas où elles l'ont sollicitée ensemble[6] : le tout par me-

§ **872.** [1] Lyon, 14 févr. 1856 (D. P. 56. 2. 229). Ils peuvent seulement déposer de nouvelles pièces, à titre d'éclaircissements (Req. 24 juill. 1823; D. A. *v° cit.*, n° 251). Au contraire, le rapport peut être modifié tant qu'il n'est pas déposé (Alexandrie, 4 mai 1893, D. P. 94. 2. 434; req. 5 juill. 1894, D. P. 94. 1. 478).

[2] Conformément au décret du 18 juin 1811 (Art. 16 et suiv.; Chauv au et Glandaz, *op. cit.*, t. I, n° 136) pour l'expertise en général, et au décret du 21 novembre 1893 (Art. 4 et suiv.) pour les expertises médicales (Voy., sur ce décret, *suprà*, § **863**, note 10).

[3] Voy., sur le sens de cette expression, *infrà*, § **1206**.

[4] Merlin, *op. cit.*, v° *Expert*, n° 9. Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 492. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 520. Rodière, *op. cit.*, t. I. p. 425. Bonnier, *Éléments de procédure civile*, n° 672. Amiens, 18 févr. 1825 (D. A. *v° cit.*, n° 267). Paris, 22 juin 1848 (D. P. 49. 2. 234). Civ. cass. 11 août 1856 (D. P. 56. 1. 336). Besançon, 22 déc. 1874 (D. P. 77. 2. 103). Et quand même l'autre partie, adoptant les conclusions des experts, poursuivrait elle-même l'homologation de leur rapport (Civ. cass. 28 août 1876; D. A. *v° cit.*, supp., n° 78). D'autres arrêts ont jugé que les experts commis à la demande d'une seule partie peuvent agir solidairement contre l'autre, lorsqu'elle a poursuivi, dans la forme indiquée au § précédent, l'expertise ordonnée à la requête de son adversaire (Bordeaux, 8 juin 1855, D. P. 56. 2. 270; Besançon, 4 mars 1856, D. P. 57. 2. 25; voy., dans le même sens, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 161). Cette opinion n'est conforme ni au principe que la solidarité ne se présume pas (C. civ., art. 1202), ni à l'article 319 qui n'autorise les experts à actionner la partie poursuivante que dans le cas où l'expertise a été ordonnée d'office (Voy. *infrà*, même §).

[5] L'article 319 est formel sur ce point (Comp. la note précédente, et voy., en ce sens, Besançon, 22 déc. 1874, D. P. 77. 2. 103). Il a cependant été jugé, mais contrairement à cet article et au principe que la solidarité ne se présume pas (Comp. encore la note précédente) : 1° que les experts ont action solidaire contre les deux parties, quand l'expertise a été ordonnée d'office dans leur intérêt commun (Montpellier, 13 févr. 1890; D. P. 91. 2. 50); 2° qu'on doit présumer jusqu'à preuve contraire qu'elle a été ordonnée ainsi (Montpellier, 30 janv. 1840, D. A. *v° cit.*, n° 268; Rennes, 25 janv. 1844, D. P. 45. 2. 158; Riom, 30 avr. 1850, D. P. 51. 2. 40; cons. d'Ét. 3 mars 1882, D. P. 83. 3. 114).

[6] Arg. C. civ., art. 2002 : « Lorsque le mandataire a été constitué par plusieurs « personnes pour une affaire commune, chacune d'elles est tenue solidairement « envers lui de tous les effets du mandat » (Comp., sur le caractère des experts considérés comme mandataires des parties, *suprà*, §§ **859** et **863**; voy., en ce sens, Merlin, *op.*, v° *et loc. cit.*, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 160, Boncenne, *op. et loc. cit.*, Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*, Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 426, Bonnier, *op. et loc. cit.*, civ. rej. 11 août 1813, Aix, 2 mars 1833, D. A. *v° cit.*, n° 266, Dijon, 11 déc. 1847, D. P. 49. 2. 25, Grenoble, 13 déc. 1848, D. P. 50. 2. 19, cons. d'Ét. 7 août 1875, D. P. 76. 3. 37, cons. d'Ét. 13 mars 1896, D. P. 97. 3. 37; *contrà*, Grenoble, 23 juin 1810, D. A. *v° cit.*, n°

sure provisoire, et sauf le droit de poursuivre, après le jugement du procès, la partie, quelle qu'elle soit, qui sera condamnée aux dépens[7]. Puis l'affaire vient à l'audience pour la discussion du rapport et le jugement du fond, à la requête de la partie la plus diligente qui prend au greffe une expédition du rapport, la signifie à la partie adverse[8], et poursuit sur un simple acte l'audience où les conclusions des experts sont discutées oralement[9].

§ **873**. On arrive ainsi au terme du procès, et, comme il s'agit ici moins que jamais de preuve légale[1], les conclusions des experts ne lient pas le tribunal qui reste maître de son jugement[2].

Ce principe, applicable alors même que l'avis des experts serait unanime[3] et que la cause ne comporterait pas d'autre

265). Dans tous les cas, cette action solidaire ne peut exister ni contre la partie qui n'a pu résister à la demande d'expertise, n'ayant été mise en cause qu'après qu'elle a été ordonnée, ni contre celle qui a demandé la nullité des opérations (Cons. d'Ét. 16 juin 1876; D. P. 76. 3. 104).

[7] Montpellier, 30 janv. 1840 (D. A. *v° cit.*, n° 268). Montpellier, 10 févr. 1890 (D. P. 91. 2. 50). Voy., sur la condamnation aux dépens, *infrà*, §§ **1092** et suiv.

[8] Voy., sur ce point, Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 427; Orléans, 16 janv. 1837 (D. A. v° *Action*, n° 311).

[9] Art. 319 et 321. En prescrivant que l'audience sera poursuivie sur un simple acte, l'article 320 exclut la discussion par écrit du rapport des experts, mais cette mesure d'économie ne comporte d'autre sanction que la défense de passer en taxe les écritures que les parties auraient inutilement échangées à ce sujet (Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*). C'est seulement en matière de partage de succession qu'il peut être pris des conclusions tendant à l'homologation du rapport d'experts (Art. 981; Bioche, *op. et v° cit.*, n° 176). La communication au ministère public n'est de rigueur que dans les expertises ordonnées en exécution des lois relatives à l'exploitation des mines (L. 21 avr. 1810, art. 89; voy. t. I, § **205**).

§ **873**. [1] Voy., sur le système des preuves naturelles opposé à celui des preuves légales, t. II, § **726**.

[2] Merlin, *op. et v° cit.*, n° 6. Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 199 et suiv. Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 502 et suiv. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 430. Bonnier, *op. cit.*, n° 674, et *Des preuves*, *loc. cit.* Desmaze, *Les experts devant la justice en France au XIX° siècle* (Dans la *France judiciaire*, t. I, 1877, I° part., p. 496 et suiv.). Req. 6 janv. 1891 (D. P. 91. 1. 479; S. 95. 1. 28). Crim. rej. 10 janv. 1891 (D. P. 91. 1. 327). Req. 3 mars 1891 (D. P. 91. 1. 465; S. 94. 1. 390). Req. 23 déc. 1891 (D. P. 92. 1. 409; S. 96. 1. 491). Req. 7 mars 1892 (D. P. 92. 1. 502; S. 92. 1. 271). Civ. rej. 9 janv. 1893 (D. P. 94. 1. 339; S. 94. 1. 138). Civ. rej. 5 août 1895 (D. P. 96. 1. 157; S. 96. 1. 223). Nancy, 8 févr. 1896 (D. P. 97. 2. 110). Mais le tribunal n'a pas le droit de dénaturer ce rapport, et il y a nullité s'il a attribué par erreur à un expert une inexactitude qu'il n'a pas commise (Civ. cass. 19 déc. 1893; D. P. 94. 1. 274; S. 94. 1. 141).

[3] Rodière, *op. et loc. cit.*

mode d'instruction[4], n'admet que deux exceptions. 1° Si les parties, maîtresses du droit litigieux[5], sont convenues de s'en remettre à l'appréciation des experts, cette convention fait loi comme toutes les autres[6], à supposer, bien entendu, qu'elle n'ait pas été déterminée par erreur, arrachée par violence, ou surprise par dol[7]. 2° Les évaluations des experts font loi pour le juge en matière fiscale, lorsqu'ils se sont conformés aux règles spéciales de la loi du 22 frimaire an VII[8] : telle est la jurisprudence de la cour de cassation, fondée sur ce motif, à la vérité peu déterminant, que l'avis des experts s'impose aux juges dans les procès où l'expertise est obligatoire[9].

Ces cas exceptés, le principe qui vient d'être posé entraîne les cinq conséquences suivantes. 1° Le tribunal peut, à la requête des parties ou même d'office[10], demander aux experts de nouveaux éclaircissements, et, au besoin, les faire interroger sur les lieux par un juge-commissaire qui en fera son rapport à ses collègues[11]. 2° Si les faits à vérifier n'ont pas

[4] Merlin, *op.*, *v° et loc. cit.* Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 504 et suiv.

[5] Voy., sur ce point, *suprà*, § **859**.

[6] C. civ., art. 1134. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1221. Rodière, *op. et loc. cit.* Bonnier, *Des preuves, loc. cit.* Rennes, 7 août 1813 (D. A. v° *Expert*, n° 286). Bastia, 30 avr. 1837 (D. A. *v° cit.*, n° 306).

[7] C. civ., art. 1109, 1110, 1111 et 1116.

[8] Art. 18. Voy., sur ce point, *suprà*, § **858**, note 11.

[9] Civ. cass. 7 mars 1808, 17 avr. 1816 et 28 mars 1831 (D. A. v° *Enregistrement*, n° 4761). Trib. de Vitry-le-François, 18 juill. 1890 (D. P. 93. 1. 28; S. 92. 1. 423). Voy., sur cette jurisprudence très contestable, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 254; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1220; Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 504.

[10] Rennes, 19 mai 1813 (D. A. v° *Expert*, n° 296). La même cour (26 mars 1813; D. A. *v° cit.*, n° 304) et celle de Bourges (6 déc. 1815; D. A. *v° cit.*, n° 297) ont jugé, mais sans raison suffisante, que les parties n'ont pas le droit de conclure à ce que le tribunal demande aux experts un supplément d'information. J'ajoute, et cela va de soi, que le tribunal n'est pas tenu de faire droit à ces conclusions (Comp. *infrà*, note 22).

[11] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 196. Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1214 *bis*. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 500. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 429. Req. 7 août 1827 (D. A. *v° cit.*, n° 307). Cons. d'Ét. 18 juin 1880 (D. P. 81. 3. 60). Le tribunal peut même procéder ainsi quand l'opinion des experts n'est pas unanime, mais à condition de ne pas chercher à connaître l'avis personnel de chacun d'eux : l'article 318 s'y oppose (Voy., sur ce point, Rodière, *op. et loc. cit.*; Bonnier, *Éléments de procédure civile*, n° 668; et, sur l'article 318, le § précédent). Il va sans dire que ce supplément d'information n'est pas une nouvelle expertise, et que les experts n'auront pas à prêter de nouveau serment en cette qualité avant d'y procéder (Req. 16 juin 1874; D. P. 75. 1. 165), mais qu'ils ne pourront être entendus qu'à titre de témoins et assermentés comme tels (Crim. cass. 15 déc. 1892; D. P. 94. 1. 254; S. 93. 1. 110). Il s'agirait, d'ailleurs, d'une seconde expertise qu'il en serait encore de même (Voy. *infrà*, même §).

été suffisamment précisés par le jugement qui a prescrit l'expertise, s'il s'en est produit de nouveaux depuis cette époque, ou si le rapport est manifestement partial ou insuffisant, le tribunal peut encore, d'office ou à la demande des parties[12], ordonner une seconde expertise[13], et la confier soit à d'autres personnes soit même à celles qui ont déjà opéré[14] : celles-ci n'auront pas à prêter un nouveau serment[15] ; celles-là pourront se renseigner auprès des autres[16]. 3° Le tribunal est libre, comme après la première expertise, de ne pas suivre l'avis des experts[17]; il n'est même pas tenu d'indiquer les raisons qui le font s'en écarter[18], et le jugement est va-

[12] Le tribunal n'est pas tenu de déférer à cette demande : son pouvoir d'appréciation, à cet égard, est discrétionnaire (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 184; Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 493 et suiv.; Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 428; Bonnier, *op. cit.*, n° 675, et *Des preuves*, n° 120; Bourges, 2 août 1810, D. A. *v° cit.*, n° 299; Rennes, 26 mars 1813, D. A. *v° cit.*, n° 304; Rennes, 14 janv. 1820, D. A. *v° cit.*, n° 300; Poitiers, 3 janv. 1832, D. A. *v° cit.*, n° 798; req. 9 avr. 1833, D. A. v° *Droit maritime*, n° 988; req. 3 août 1836, D. A. v° *Expert*, n° 28; req. 24 avr. 1838, D. A. v° *Servitude*, n° 1172; req. 18 févr. 1861, D. P. 63. 1. 477; req. 24 mai 1894, D. P. 94. 1. 296, S. 94. 1. 309).

[13] Voy., sur les cas où il y a lieu de procéder à une nouvelle expertise, req. 20 déc. 1830 (D. A. v° *Expert*, n° 281); req. 28 févr. 1833 (D. A. *v° cit.*, n° 301); civ. cass. 30 mai 1863 (D. A. v° *Dispositions entre-vifs et testamentaires*, n° 1102); req. 29 mai 1843 (D. A. v° *Expert*, n° 279); req. 7 nov. 1853 (D. P. 54. 5. 337); req. 18 déc. 1871 D. P. 71. 1. 297); req. 22 juill. 1885 (D. P. 86. 1. 318). Aj., sur la seconde expertise ordonnée après annulation de la première, *infrà*, même §.

[14] Il conviendra, dans certains cas, de nommer de nouveaux experts, plutôt que de confirmer le mandat des premiers (Voy. notamment, en cas de partialité manifeste de ceux-ci ou d'insuffisance de leur rapport, Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 430; Poitiers, 25 nov. 1872, D. P. 73. 2. 93). Le tribunal a encore, sur ce point, un pouvoir discrétionnaire (Req. 5 mars 1818, D. A. *v° cit.*, n° 315; Montpellier, 27 mars 1824, D. A. *v° cit.*, n° 218; req. 1er févr. 1832, D. A. *v° cit.*, n° 315; req. 3 août 1836, D. A. v° *Enregistrement*, n° 4711; req. 4 janv. 1843, D. A. v° *Expert*, n° 319; req. 15 juill. 1861, D. P. 62. 1. 31). Aj., sur la nomination des nouveaux experts *infrà*, même §.

[15] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 188. Req. 27 févr. 1828 et 4 janv. 1843 (D. A. *v° et loc. cit.*). Il en serait autrement si la seconde expertise devait porter sur des objets différents (Civ. cass. 15 janv. 1839; D. A. v° *Obligations*, n° 1422).

[16] L'article 322 les y autorise, et le tribunal peut même le leur ordonner (Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 429; req. 15 janv. 1812, D. A. v° *Expert*, n° 322; Rennes, 24 janv. 1820, D. A. *v° cit.*, n° 298).

[17] Voy., sur l'application de cette règle, req. 15 mai 1810, civ. rej. 22 mars 1813 (D. A. *v° cit.*, n° 278); req. 29 juin 1814 (D. A. v° *Eaux*, n° 269); req. 2 mai 1826 (D. A. v° *Propriété*, n° 484); req. 7 mars 1832 (D. A. v° *Expert*, n° 301); req. 25 juill. 1833 (D. A. *v° cit.*, n° 190); req. 4 déc. 1838 (D. A. v° *Propriété*, n° 124); req. 20 mai 1844 (D. A. v° *Brevet d'invention*, n° 63); req. 12 févr. 1877 (D. A. v° *Expert*, supp., n° 89); req. 23 mars 1896 (D. P. 97. 1. 443).

[18] Req. 6 juill. 1826 (D. A. v° *Expert*, n° 290). Req. 18 mars 1829 (D. A. v° *Jugement*, n° 1022). Req. 25 juill. 1833 (D. A. v° *Expert*, n° 190). Req. 2 juill. 1838 (D. A. *v° cit.*, n° 278).

lable, passât-il l'expertise sous silence, du moment qu'il énonce, comme tous les jugements, les motifs qui ont déterminé la conviction personnelle des juges[19]. 4° Il est permis, après une double expertise, de préférer les conclusions de la première à celles de la seconde[20]. 5° On n'a pas le droit d'invoquer, dans les motifs et à l'appui d'un jugement, l'avis de personnes consultées officiellement en dehors d'une expertise proprement dite[21]; mais il n'est pas défendu de puiser des éléments de conviction dans une enquête annulée à raison des irrégularités qui s'y rencontrent[22]. 6° Le tribunal peut, après avoir prononcé cette nullité, ordonner une seconde expertise après l'annulation de la première[23], car il n'y a que les enquêtes nulles qu'on ne puisse pas toujours recommencer[24]; mais, toutes les fois qu'une seconde expertise est ordonnée, on nomme d'office les nouveaux experts[25], et les premiers sont déclarés responsables du préjudice que

[19] Voy., sur l'obligation de motiver les jugements, *infrà*, §§ **1114** et suiv.

[20] Rennes, 15 juill. 1816; req. 20 déc. 1830 (D. A. *v° cit.*, n° 281). Req. 11 avr. 1842 (D. A. *v° cit.*, n° 282). Req. 15 juin 1874 (D. P. 76. 1. 167).

[21] Voy. t. II, § **726**.

[22] Req. 17 juill. 1828 (D. A. *v° cit.*, n° 291). Req. 22 avr. 1840 (D. A. v° *Servitudes*, n° 326). Req. 16 mars 1868 (D. P. 68. 1. 295). Req. 9 févr. 1869 (D. P. 70. 1. 14). Req. 5 avr. 1875 (D. P. 77. 1. 74). Req. 9 déc. 1876 et 9 janv. 1877 (D. P. 77. 1. 351). Req. 30 avr. 1877 (D. P. 77. 1. 391). Dijon, 11 févr. 1881 (D. P. 81. 2. 196). Req. 22 juill. 1885 (D. P. 86. 1. 318). Req. 14 févr. 1887 (D. P. 87. 1. 205). Civ. cass. 27 janv. 1890 (D. P. 90. 1. 301). Req. 25 mai 1892 (D. P. 92. 1. 607; S. 93. 1. 134). Req. 5 juin 1893 (D. P. 94. 1. 123). Civ. rej. 5 août 1895 (D. P. 96. 1. 157; S. 96. 1. 223). Comp., sur le droit de puiser des renseignements : 1° dans une enquête déclarée nulle, *supra*, § **855**; 2° dans une expertise faite au cours d'une autre instance, Alger, 29 mai 1886 (D. P. 91. 1. 413), civ. rej. 29 juin 1896 (D. P. 97. 1. 123), req. 16 févr. 1898 (D. P. 98. 1. 159). Comp., sur ce dernier point, civ. cass. 24 déc. 1883 (D. P. 84. 1. 203); et, sur une question semblable en matière d'enquête, *supra*, § **855**.

[23] Voy. notamment Rouen, 24 août 1842 (D. A. v° *Expert*, n° 163). Le juge n'est jamais tenu de l'ordonner (Civ. rej. 3 mars 1897; D. P. 97. 1. 406; S. 98. 1. 13), et il peut la refuser, sans violer les droits de la défense, attendu que les motifs allégués à l'appui de cette demande ne sont pas sérieux (Req. 8 mars 1898; D. P. 98. 1. 216).

[24] Voy. *supra*, § **850**.

[25] Req. 15 nov. 1887 (D. P. 89. 1. 74). Peu importe que ce soient de nouveaux experts ou ceux qui ont déjà opéré. Voy., sur le droit qu'a le tribunal de confier la nouvelle expertise aux mêmes experts, req. 8 nov. 1876, D. A. v° *Expert*, n° 106). Cette disposition de l'article 322 est impérative : la loi aura pensé que les experts seraient choisis par le tribunal avec plus de soin que par les parties, et qu'on risquerait moins, en les nommant d'office, d'aboutir à une seconde expertise qui serait encore irrégulière (Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *loc. cit.*; voy. cep. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 429). Dans le cas de l'article 322, le tribunal peut nommer un ou trois experts (Req. 24 nov. 1812 et 3 juill. 1822, D. A. *v° cit.*, n° 312; req. 15 nov. 1887, D. P. 89. 1. 74).

leur dol ou leur faute lourde[26] ont pu causer aux parties[27].

§ **874**. II. C'est la descente sur lieux ou visite de lieux que le tribunal ordonne, quand il ne se fie pas à l'expertise et veut voir par ses yeux soit l'immeuble litigieux, soit le théâtre des faits qui sont l'origine du procès ou dont le jugement suppose la constatation[1]. Il l'ordonne : tantôt à la demande des parties ou de l'une d'elles, formulée dans des conclusions écrites ou verbalement à l'audience[2]; tantôt d'office dans les conditions déterminées au § **857** ; dans tous les cas, il apprécie souverainement l'opportunité de cette démarche, et les parties seraient d'accord pour la demander qu'il aurait encore le droit de la leur refuser[3]. Il peut même cumuler le rapport d'experts et la descente sur lieux, s'il croit devoir tout à la fois examiner par lui-même et prendre

[26] « *Latior culpa dolus est* » (Dig., L. 32, *Dep.*; XVI, III). « *Magnam diligen-* « *tiam placuit in doli crimine cadere* » (Dig., L. 1, § 5, *De obl. et act.*; XLIV, VII).

[27] Voy., sur la responsabilité des experts, en général, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 197; Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1216; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Bonnier, *Des preuves*, n° 112; Rennes, 16 juill. 1812 (D. A. *v° cit.*, n° 122); req. 21 nov. 1822 (D. A. *v° cit.*, n° 117); Dijon, 25 juill. 1854 (D. P. 54. 2. 249); Pau, 30 déc. 1863 (D. P. 64. 2. 63); Montpellier, 10 févr. 1890 (D. P. 91. 2. 50); Grenoble, 21 mars 1893 (D. P. 93. 2. 292). La commission de 1866 avait simplifié la marche de l'expertise : d'après son projet, le tribunal pouvait ne nommer qu'un seul expert, ordonner que l'expertise aurait lieu séance tenante, même à l'audience ou en chambre du conseil, et dispenser les experts de prêter serment en cas d'urgence. Le rapport pouvait indiquer l'avis personnel de chacun des experts; le droit pour le tribunal de les mander à la barre pour les interroger, et le droit pour eux de prendre des renseignements auprès de toute personne apte à leur en fournir (Voy. *suprà*, § **870**, et le § précédent), étaient formellement consacrés (Greffier, *op. cit.*, p. 53 et suiv.). La commission de 1894 s'est approprié la plupart de ces idées (P. 65 et suiv.).

§ **874**. [1] Voy. sur les circonstances qui peuvent donner lieu à cette mesure d'instruction, *suprà*, § **857**.

[2] Bioche, *op. cit.*, v° *Descente sur les lieux*, n° 5. Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1140. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 425. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 510. L'ordonnance d'avril 1667 exigeait une réquisition écrite (Tit. XXI, art. 1), afin que les juges pûssent justifier par-là qu'ils n'avaient pas indûment ordonné d'office une descente sur lieux (Voy. Rodier, *op. cit.*, p. 308) : cette exigence a disparu avec les pénalités que les juges encouraient en pareil cas (Voy. *suprà*, § **857**, note 5).

[3] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 6. Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1138. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 423. Req. 26 juin 1811 (D. A. v° *Descente sur les lieux*, n° 15). Amiens, 18 févr. 1822 (D. A. *v° cit.*, n° 10). Req. 11 déc. 1827 (D. A. *v° cit.*, n° 15). Nancy, 19 août 1842 (D. A. *v° cit.*, n° 18). Il en est ainsi, même après deux expertises contradictoires entre elles (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 7).

l'avis de personnes plus particulièrement compétentes[1]. Ce qui s'impose à lui, c'est l'obligation de n'ordonner et de n'exécuter la descente sur lieux que suivant les formes prescrites par la loi, car on sait qu'il ne peut jamais se décider que d'après les résultats de l'instruction, et non d'après la connaissance personnelle qu'il a de l'affaire, et qu'il ne peut, notamment, se déterminer par le résultat d'une inspection officieuse des lieux contentieux[2].

§ **875**. Quant aux personnes par lesquelles il sera procédé officiellement à cette mesure d'instruction, c'est encore au tribunal qu'il appartient de les désigner, et il peut choisir, à cet égard, entre trois partis : 1° commettre, à cet effet, un ou plusieurs de ses membres[1]; 2° ordonner le transport du tribunal tout entier[2]; 3° donner commission rogatoire à un juge de paix de son ressort pour visiter des lieux situés hors du chef-lieu de l'arrondissement, ou même à un juge d'un autre tribunal ou à un juge de paix d'un autre arrondissement, si les lieux contentieux sont situés hors du ressort du tribunal saisi de la contestation[3]. Il y a cependant controverse sur ces deux points, qui sont — on va s'en apercevoir — un peu connexes. On a soutenu que le tribunal ne peut ni se transporter tout entier sur les lieux contentieux, ni les faire examiner par un magistrat étranger lorsqu'ils sont situés hors de son arrondissement. On s'est prévalu, dans le premier cas, de l'inconvénient qu'il y aurait à suspendre le cours de la justice en se transportant, juges, greffier, avocats, avoués et huissiers audienciers, à

[1] Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1137.

[2] Art. 296. Aj. t. I, § **726**, et t. II, § **140**. Il a cependant été jugé qu'une descente sur lieux qui n'a pas été faite dans les formes prescrites est régulière, si les avoués en cause y ont été présents, et ont ensuite conclu au fond sans faire de réserves sur la validité de la procédure (Civ. rej. 24 janv. 1893 : D. P. 93. 1. 166).

§ **875**. [1] L'article 296 dit : « Le jugement commettra l'un des juges qui y auront assisté », mais cela n'exclut ni la faculté d'en commettre plusieurs (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 18; Metz, 3 janv. 1812, D. A. *v° cit.*, n° 29), ni celle d'en commettre un qui n'aurait pas siégé au jugement qui a prescrit cette mesure : si le tribunal peut donner commission rogatoire à un magistrat étranger au siège (Voy. *infrà*, même §), à plus forte raison peut-il commettre un de ses membres.

[2] Voy. *infrà*, note 6.

[3] Voy. *infrà*, note 7.

l'extrémité d'un arrondissement où les communications ne sont peut-être ni faciles ni rapides[4]; dans le second cas, de l'article 1035, qui, énumérant les circonstances où il y a matière à commission rogatoire, passe la visite de lieux sous silence[5]. A quoi je réponds : 1° que le transport du tribunal tout entier peut présenter, en fait, des difficultés dont les magistrats tiendront certainement compte pour ne pas l'ordonner sans nécessité, mais que ni le texte ni l'esprit de la loi ne leur interdisent de recourir à la mesure d'instruction la plus propre, dans certains cas, à faire entrer la conviction dans l'esprit de chacun d'eux; qu'au surplus, les parties ne souffriront aucunement de cette procédure exceptionnelle, les dépens ne comprenant jamais plus que les frais de déplacement d'un seul juge et du greffier[6]; 2° que l'énumération de l'article 1035 est purement énonciative, et se termine, d'ailleurs, par cette formule générale : « Quand il « s'agira de faire une opération quelconque en vertu d'un « jugement, et que les parties ou les lieux contentieux seront « trop éloignés »; 3° que l'exclusion des commissions rogatoires donnerait, dans cette hypothèse, le singulier spectacle d'un juge et de son greffier, ou même d'un tribunal avec tout son personnel, se transportant à grands frais d'un bout à l'autre de la France, pour y faire des constatations auxquelles le magistrat le plus voisin eût procédé en quelques instants, sans grand dérangement pour lui ni grande dépense pour les parties[7]. Enfin, si le tribunal permet ou ordonne au juge commis pour visiter les lieux de se faire accompagner et renseigner par un homme de l'art, cette mesure ne constitue pas une véritable expertise : il n'y a donc lieu ni de récuser la personne ainsi désignée, ni d'observer les formalités indiquées aux §§ **868** et suivants[8].

[4] Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 432 et suiv. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 433.

[5] Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 426 et suiv. Voy., sur l'article 1035, t. II, § **543**.

[6] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 15. Bonnier, *Éléments de procédure civile*, n° 643. Req. 9 févr. 1820 (D. A. *v° cit.*, n° 19). Voy., sur la taxe des frais en cas de descente sur lieux, Chauveau et Glandaz, *op. cit.*, t. I, n°s 111 et suiv.

[7] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 22. Rodière, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. cit.*, n° 642. Bordeaux, 15 mars 1809 (D. A. *v° cit.*, n° 28). Req. 13 juin 1810 (D. A. *v° cit.*, n° 48). Crim. rej. 9 déc. 1830 (D. A. *v° cit.*, n° 26).

[8] Art. 296. Colmar, 26 juin 1828 (D. A. v° *Expert*, n° 20).

§ **876**. Le jugement qui ordonne la descente sur lieux désigne, suivant ces distinctions, les personnes qui devront y procéder, mais il n'indique pas nécessairement l'objet de la visite et les points sur lesquels l'examen devra porter. Le tribunal se transporte-t-il tout entier, il sait et n'a pas besoin de dire au public sur quels faits il veut se renseigner par l'inspection des lieux. Commet-il un des juges qui ont assisté au jugement, ses intentions sont suffisamment connues par la délibération qui l'a précédé. Commet-il, enfin, un juge qui n'a pas pris part au jugement ou un magistrat étranger au siège, et craint-il que les parties averties de cette mesure ne se hâtent de modifier l'état des lieux, et de faire disparaître la trace de faits compromettants, le tribunal peut indiquer par un pli cacheté les circonstances sur lesquelles il désire être éclairé[1]. La partie la plus diligente commence par signifier ce jugement[2], puis adresse au magistrat commis une requête, sur laquelle il fixe par une ordonnance les lieu, jour et heure de la descente : il indique naturellement une date à laquelle les parties puissent être averties[3]; mais, s'il en prend une trop éloignée, elles peuvent se pourvoir à l'audience pour le faire remplacer[4]. Ces formalités ne sont pas indispensables : 1° le jugement pourrait n'être pas signifié, si le tribunal avait prescrit que la visite aurait lieu le jour même[5]; 2° les opérations du juge seraient régulières, s'il se rencontrait sur les lieux avec la partie sans avoir reçu aucune ré-

§ **876**. [1] Voy., sur cette question sur laquelle on a discuté inutilement, et à laquelle le tribunal donnera, dans chaque espèce et suivant les circonstances du fait, la solution la plus pratique et la plus convenable, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 9; Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1145; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Rodière, *op. et loc. cit.*

[2] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 10. Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1146. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 441. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 434. A moins que le tribunal n'ait ordonné que la descente aurait lieu le jour même, et que l'exécution de son jugement se ferait sur la minute (Voy. Bioche, *op., v° et loc. cit.*; et, sur la signification des jugements, *infrà*, §§ **1189** et suiv.).

[3] Rodière enseigne que ce délai ne peut être moindre de trois jours francs, et qu'il s'augmente à raison de la distance (*Op. cit.*, t. I, p. 434), mais je crois que ces règles ne sont pas applicables lorsqu'il s'agit, comme dans l'espèce, de l'exercice de la juridiction gracieuse.

[4] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 43. Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1150 *bis*. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*

[5] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 10. Ou s'il avait ordonné l'exécution de son jugement sur la minute (Voy. *suprà*, note 2).

quisition ni rendu aucune ordonnance[6]; 3° si le tribunal croyait devoir se transporter tout entier, l'avertissement qu'il en donnerait aux parties remplacerait la signification et l'ordonnance dont il vient d'être parlé[7]. Si la partie qui a obtenu la descente sur lieux ne poursuit pas l'exécution du jugement, elle est présumée y renoncer et l'affaire suit son cours; si cette mesure d'instruction est ordonnée d'office, et que les parties ne se mettent pas en devoir d'y faire procéder, le tribunal qui l'a prescrite raie l'affaire du rôle en attendant les renseignements qu'on lui refuse, et qu'il a le droit d'exiger[8].

§ **877**. De quelque façon qu'elle s'exécute, la descente sur lieux suppose nécessairement la présence ou, du moins, l'appel préalable des parties : leur assistance met le juge à l'abri de tout soupçon de partialité; leurs observations peuvent attirer son attention sur des points qui lui auraient peut-être échappé[1]. Aussi la partie la plus diligente signifie-t-elle l'ordonnance du juge à l'avoué de son adversaire : cette signification vaut sommation d'assister à la visite[2]. Le juge, accompagné du greffier[3], se transporte sur les lieux à la date par lui fixée; il s'y rencontre avec les avoués; les parties peuvent s'y rendre en personne, s'y faire représenter par des mandataires, ou y amener leurs avocats[4]; la présence du ministère public n'y est exigée que s'il est partie principale[5]. Le juge se livre aux constatations qu'il a mission

[6] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 44. Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1148. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*

[7] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 16.

[8] Art. 296 et 297. Carré, *op. et loc. cit.* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Voy., sur la radiation du rôle, t. II, § **681**.

§ **877**. [1] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 47. Bonnier, *Des preuves*, n° 107.

[2] Cette formalité est indispensable, la présence ou, du moins, l'appel des parties étant une condition *sine quâ non* de la validité de la descente sur lieux (Cass. de Belgique, 18 mai 1893; D. P. 95. 2. 73; voy., sur le cas où elle s'exécute le jour même du jugement qui l'ordonne, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 10).

[3] Req. 13 juin 1810 (D. A. *v° cit.*, n° 48). C'est le droit commun (Voy. t. I, § **209**).

[4] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 45. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, supp., quest. 1141 *bis*.

[5] Voy., sur le principe que la présence du ministère public aux actes d'instruction n'est pas nécessaire, même dans les causes de communication, t. II, § **688**; et, sur l'application de ce principe au cas particulier, Carré, *op. cit.*, t. III, p. 295, req. 2 janv. 1834 (D. A. *v° cit.*, n° 55).

de faire[6], recueille les renseignements qu'il croit utiles[7], interroge, au besoin, les personnes présentes et les voisins dans les mêmes conditions que les experts qui procèdent à une enquête officieuse[8], entend les réquisitions des parties, et y défère s'il y a lieu[9]. Il en est dressé procès-verbal séance tenante, ou dans le lieu et au jour fixés par le juge[10]. S'il renvoie à un autre jour pour continuer son examen, il n'y a pas lieu de réitérer la sommation faite aux parties d'y assister[11]. La partie la plus diligente signifie le procès-verbal aux avoués en cause ; trois jours après, elle peut poursuivre sur un simple acte[12] l'audience où le procès-verbal sera discuté, après quoi l'affaire suivra son cours ordinaire[13]. Les frais sont avancés et consignés au greffe, à peine de déchéance du bénéfice du jugement qui a prescrit cette procédure[14], par la partie qui en poursuit l'exécution en requérant le juge-commissaire d'y procéder[15]. Ces frais sont fixés : pour les avoués, par le décret du 16 février 1807[16] ; pour le juge et le greffier, par le décret

[6] Voy., sur ce point, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 48 ; Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1151 et 1152 ; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Boncenne, *op. cit.*, t. I, p. 444 ; req. 14 mai 1823 (D. A. *v° cit.*, n° 50).

[7] Civ. rej. 5 nov. 1861 (D. P. 61. 1. 467).

[8] Voy., sur ce point qui est controversé, Bioche, *op., v° et loc. cit.;* Carré, *op. et loc. cit.;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Boncenne, *op. et loc. cit.* Il me paraît impossible, dès qu'on reconnaît aux experts le droit de faire une enquête officieuse (Voy. *suprà*, § **870**), de ne pas accorder le même droit au juge commis pour une visite de lieux.

[9] Bioche, *op., v° et loc. cit.* Carré, *op. et loc. cit.* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boncenne, *op. et loc. cit.*

[10] On ne sera pas plus rigoureux dans ce cas qu'en matière d'expertise, et on n'annulera pas nécessairement un procès-verbal dressé à un autre moment ou dans un autre endroit (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 46 ; Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 435 ; comp., sur le temps et le lieu où le rapport d'experts doit être rédigé, *suprà*, § **871**).

[11] Comme en cas d'expertise et par application de l'article 1034 (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 50 ; Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1150 ; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 444).

[12] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 51, Rodière, *op. et loc. cit.*

[13] La présence du juge-commissaire à cette audience est naturellement indiquée, mais elle n'est pas requise à peine de nullité (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 52 ; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1145 *bis :* req. 2 janv. 1834, D. A. *v° cit.*, n° 55 ; req. 8 avr. 1879, D. P. 79. 1. 480).

[14] Rodière, *op. et loc. cit.*

[15] Et non pas de celle qui, ayant demandé et obtenu la visite de lieux, ne poursuivrait pas ensuite l'exécution du jugement : on ne peut la forcer à sortir de l'inaction et, par conséquent, à faire l'avance et la consignation des frais (Chauveau, *op. cit.*, t. III, quest. 1154 ; Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 446 et suiv. ; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 512 ; Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 434 ; voy. cep. Pigeau, *op. cit.*, t. I, p. 437, note 1. Trèves, 4 déc. 1812, D. A. *v° cit.*, n° 39).

[16] A Paris, 6 francs par jour ; hors Paris, 4 fr. 50 (Art. 92, § 11).

du 18 juin 1811[17] et l'ordonnance du 4 août 1825[18] sur le transport des magistrats en matière criminelle ou en cas d'interdiction judiciaire[19]. Les dépenses des parties, de leurs mandataires et de leurs avocats n'entrent pas en taxe, et demeurent aux frais de qui le a faites[20].

N° V

Serment.

SOMMAIRE. — § **878**. Dans quels cas le serment fait-il naître un incident de procédure? — § **879**. I. Serment décisoire. En quel sens il est une transaction. — § **880**. Suite. En quoi il en diffère. — § **881**. Suite. Conditions de validité de ce serment. — § **882**. Suite. 1° Par qui, à qui, et en quelle matière il peut être déféré. — § **883**. Suite. 2° Sur quels faits. — § **884**. Suite. 3° Dans quels cas le tribunal peut ne pas ordonner qu'il sera prêté. — § **885**. Suite. Formes de la délation du serment. — § **886**. Suite. Comment il est prêté. — § **887**. II. Serment supplétoire. — § **888**. Suite. Dans quels cas il y a lieu de le déférer. — § **889**. Suite. Conséquences de sa prestation et du refus de le prêter. — § **890**. III. Serment en plaids.

§ **878**. Il ne s'agit ici ni du serment des témoins et des experts[1], ni du serment professionnel des magistrats, des avocats et des officiers ministériels[2], mais du serment judiciaire qu'une partie défère à l'autre ou que le tribunal défère à une partie, pour en faire dépendre la solution du procès ou le montant de la condamnation[3]. Que ce soit ou non un moyen de preuve — j'ai touché ce point aux §§ **695** et **719**, et j'y reviendrai aux §§ suivants — il provoque tou-

[17] Art. 88 et 89.

[18] Art. 1.

[19] 9 francs par jour pour le juge et pour le greffier, si le transport a lieu à plus de 5 kilomètres et à moins de 2 myriamètres; 12 francs par jour pour le juge et 8 pour le greffier, si le transport a lieu à 2 myriamètres ou plus (Voy., sur l'application de ce tarif en matière civile, Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 435, Bonnier, *op. et loc. cit.*; et, en sens contraire, Boncenne, qui enseigne que ce tarif est particulier aux affaires criminelles, qu'en matière civile le greffier doit prendre note des frais faits par le juge et par lui, et que les indemnités de déplacement seront réglées d'après cette note; *op. cit.*, t. IV, p. 445). Ce procédé est peu conforme à la dignité de la justice, et l'application du décret du 18 juin 1811 et de l'ordonnance du 4 août 1824 est de beaucoup préférable. Le projet de 1894 apporte dans cet incident des simplifications analogues à celles qu'il réalise en matière d'enquête et d'expertise (P. 64; comp. *suprà*, §§ **854**, note 11, et **874**, note 2).

[20] Art. 298 à 301. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 45. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, supp., quest. 1141 *bis*.

§ **878**: [1] Voy. *suprà*, §§ **844** et **868**.

[2] Voy. t. I, §§ **107**, **182**, **209**, **221**, **224**, **258** et **279**.

[3] Voy., sur cette distinction, *infrà*, même §.

jours un incident, puisqu'il est prêté en vertu d'un jugement qui l'ordonne[4], et un incident qui se rattache à la preuve, car tantôt le serment la rend inutile tantôt il la complète. On distingue, en effet, trois sortes de serment judiciaire : 1° le serment décisoire[5] qu'une partie défère à l'autre, qui donne gain de cause à celui qui le prête, et qui entraîne la condamnation de celui qui le refuse[6]; 2° le serment supplétoire, que le tribunal défère d'office à l'une quelconque des parties pour compléter sa conviction[7]; 3° le serment en plaids, qu'il défère au demandeur pour fixer, à défaut d'autre preuve, la valeur de l'objet demandé[8]. Quant au serment extrajudiciaire qu'une personne en désaccord avec une autre défère à celle-ci, offrant de la payer si elle jure être créancière et de la tenir quitte si elle jure ne rien devoir, c'est une pure transaction, et, par conséquent, une convention : 1° elle exige le consentement des deux parties, ne lie celle à laquelle le serment est déféré que si elle a consenti à se le laisser déférer, et n'expose celle qui a refusé qu'aux présomptions défavorables qui pourront en résulter contre elle[9]; 2° la preuve de cette convention doit être fournie suivant le droit commun, et n'est reçue par témoins que s'il existe, au préalable, un commencement de preuve par écrit[10]. On a vu au § **640** que tel est le caractère du serment déféré en conciliation devant le juge de paix.

§ **879**. I. En un sens, le serment décisoire est aussi une transaction : quand les jurisconsultes romains disent — cela n'a pas cessé d'être vrai — que « *jusjurandum speciem transactionis continet* »[1], ils entendent par-là qu'on s'en remet, en le déférant, à la conscience de son adversaire, qu'on consent

[4] Voy. *infrà*, § **884**.
[5] Ou litisdécisoire (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 183 et suiv.).
[6] Voy. le § suivant.
[7] Voy. *infrà*, § **888**.
[8] Voy. *infrà*, § **890**.
[9] Aussi les Romains l'appelaient-ils *jusjurandum voluntarium* (Dig., *De jurejurando sive voluntario sive necessario;* XII, II). Favard de Langlade, *op. cit.*, v° *Serment*, sect. II, n°s 1 et suiv. Toullier, *op. cit.*, t. X, n° 362. Duranton, *op. cit.*, t. XIII, n° 568. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 182. Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1358, n°s 1 et 2. Bonnier, *op. cit.*, n° 415.
[10] Comme pour l'aveu extrajudiciaire (C. civ., art. 1355; t. II, § **720**).

§ **879**. [1] Dig. L. 2, *De jurej.* (XII, II).

à succomber s'il prête le serment qu'on lui propose, et qu'on lui dit en quelque sorte : « Jurez que vous êtes mon créan-« cier, et je vous paie; que vous n'êtes pas mon débiteur, et « je vous tiens quitte; que l'objet litigieux vous appartient, « et je vous l'abandonne »[2]. Aussi les jurisconsultes romains disent-ils encore : 1° qu'une fois le serment déféré, il ne s'agit plus de savoir quelle partie a raison, mais si le serment a été prêté; 2° qu'un serment prêté a la même valeur qu'un jugement, et même davantage, car il clôt définitivement l'instance au lieu que l'appel peut remettre en question la chose jugée : « *Non illud quæritur an pecunia debeatur sed an juratum sit...*[3]; « *jusjurandum rei judicatæ vicem obtinet...*[4]; *jusjurandum* « *majorem auctoritatem habet quam res judicata* »[5]. De ce point de vue résultent les conséquences suivantes. 1° La partie qui a déféré le serment ne peut plus se rétracter, quand l'adversaire s'est déclaré prêt à jurer ou s'est présenté à l'audience avec cette intention[6], car, dès que s'est produit le concours de volontés d'où la convention résulte, elle devient la loi des parties qui ne peuvent la révoquer que d'un commun accord[7]. 2° Le serment prêté est inattaquable, et la preuve du parjure interdite, soit qu'on offre de s'inscrire en faux contre l'acte authentique sur le contenu duquel le serment a été prêté[8], soit, à plus forte raison, qu'on veuille

[2] Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 580. Boncenne, *op. cit.*, t. II, p. 479 et 483. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 253.

[3] Inst. Just., liv. IV, tit. VI, § 11.

[4] Dig., L. 1, pr., *Quar. rer. act. non det.* (XLIV, V).

[5] Dig., L. 2. *De jurej.* (XII, II). Comp. C. civ., art. 2052 : « Les transactions « ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort ». C'est encore par application de ce principe que la preuve qui résulte du serment décisoire peut être divisée (C. just. civ. de Genève, 16 oct. 1895 (S. 95. 4. 32).

[6] Ce fait équivaut à la déclaration formelle dont il est parlé dans l'article 1364 du Code civil (Req. 3 févr. 1818; D. A. v° *Obligations*, n° 2574).

[7] C. civ., art. 1134, 1364 et 2052. *A contrario*, la délation de serment peut être rétractée jusqu'à ce moment (Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 631 ; Montpellier, 22 avr. 1833, D. A. *v° cit.*, n° 5259; Paris, 25 mars 1854, D. P. 56. 2. 236). La partie qui s'est rétractée après avoir déféré le serment peut-elle le déférer de nouveau? Voy., pour l'affirmative, Toullier, *op. cit.*, t. X, n° 367, Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 193, Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 508; pour la négative, Cod. Just., L. 11, *De reb. cred.* (IV, I), Duranton, *op. cit.*, t. XIII, n° 597; voy. aussi, sur cette question, Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1364, n° 3.

[8] Voy., sur l'inscription de faux, t. II, §§ 802 et suiv. Il est certain qu'on peut déférer le serment sur le contenu d'un acte authentique, lorsqu'il s'agit d'établir des faits que l'officier public n'y a pas relatés *de visu et de auditu;* mais en est-il de même s'il s'agit d'établir des faits qu'il a rapportés *ex*

attaquer par les voies de recours ordinaires ou extraordinaires le jugement rendu en faveur de celui qui a juré[9] : exception remarquable au principe que les jugements en premier ressort peuvent toujours être frappés d'appel, et que les jugements en dernier ressort peuvent être attaqués par la requête civile « s'il y a eu dol personnel »[10]. 3° Si le ministère public poursuit, sous la prévention de parjure, la partie qui a prêté le serment décisoire[11], celle qui l'a déféré ne peut, dans cette instance, ni se constituer partie civile pour y obtenir des dommages-intérêts[12], ni se prévaloir de la condamnation du parjure pour faire revivre les droits éteints par le faux serment : elle doit subir jusqu'au bout les conséquences de la transaction qu'elle a offerte, et du parjure auquel elle s'est exposée[13].

propriis sensibus, ou faut-il, pour pouvoir déférer le serment dans ces circonstances, s'être préalablement inscrit en faux? Voy., dans le premier sens, Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, n° 337 *bis*-VI, Turin, 10 vent. an XIII et 10 niv. an XIV, Colmar, 18 avr. 1806 (D. A. *v° cit.*, n° 5198), Grenoble, 11 juill. 1806 (D. A. v° *Successions*, n° 1968), Turin, 8 avr. 1807 (D. A. v° *Obligations, loc. cit.*), Bruxelles, 24 janv. 1810 (D. A. *v° cit.*, n° 3116); et, dans le second, Toullier, *op. cit.*, t. X, n° 380, Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 608, Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 189, Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1360, n°s 2 et 3, Bonnier, *op. cit.*, n° 410, Montpellier, 25 juin 1819 (D. A. *v° cit.*, n° 5199).

[9] « *Stare enim religioni debet* » (Dig., L. 21, *De dol mal.*; IV, III); « *sufficit* « *perjurii pœna* » (Dig., L. 22, *eod. tit.*). Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n°s 659 et 663. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 196. Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1363, n° 7. Req. 6 frim. an XIII (D. A. *v° cit.*, n° 4628). Req. 9 févr. 1808 (D. A. *v° cit.*, n° 4943). Colmar, 25 avr. 1827 (D. A. *v° cit.*, n° 5264).

[10] Art. 480-1°. Voy., sur la requête civile formée pour cause de dol, le tome VI de ce Traité.

[11] Voy., sur ce délit, C. pén., art. 366; Chauveau-Adolphe et Faustin-Hélie, *op. cit.*, t. IV, n°s 1652 et suiv.; et sur le droit qu'a le ministère public d'en poursuivre la répression, Poujol, *Le ministère public est-il admis, dans tous les cas, à prouver par témoins la fausseté d'un serment décisoire prêté en matière civile?* (dans la *Revue étrangère et française de législation*, t. VII, 1840, p. 656 et suiv.).

[12] Elle peut porter plainte, mais ce n'est pas se constituer partie civile, et cela ne donne pas le droit de demander des dommages-intérêts (C. instr. crim., art. 66).

[13] C. civ., art. 1363. Faure, *Exposé de motifs du Code pénal*, liv. III, tit. II, ch. IV (Dans Locré, *op. cit.*, t. XXX, p. 490). Monseignat, *Rapport au Corps législatif* (*Ib.*, t. XXX, p. 533). Toullier, *op. cit.*, t. X, n° 389. Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, p. 661 et suiv. Aubry et Rau, *op. et loc. cit.* Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, n° 339 *bis*-II et III. Marcadé, *op. cit.*, t. V, sur les art. 1360 et 1363, n° 3. Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1363, n° 7. Bonnier, *op. cit.*, n° 426. Crim. rej. 21 août 1834 (D. A. *v° cit.*, n° 4895). Crim. rej. 7 juill. 1843 (D. A. v° *Instruction criminelle*, n° 113). Paris, 18 févr. 1890 (D. A. *v° cit.*, supp., n° 2239).

§ **880**. Ce qui distingue essentiellement cette transaction des autres conventions, c'est que, librement formée par celui qui la propose, elle s'impose à la partie adverse qui se trouve dans l'obligation de prêter le serment, de le refuser, ou de le référer; et encore verra-t-on au § suivant qu'elle ne peut pas toujours le référer, et qu'elle se trouve quelquefois réduite à l'alternative de le prêter ou de le refuser[1]. Prêter le serment, c'est gagner son procès, car je viens de dire que la preuve du parjure est interdite, et que, fût-elle acquise dans une instance criminelle, elle n'aurait pas d'influence sur le civil; aussi dit-on du défendeur, qui jure ne rien devoir, qu'il est aussi complètement libéré que s'il avait payé sa dette : « *jusjurandum loco solutionis cedit* »[2]. Refuser le serment, c'est accepter d'avance sa condamnation, car celui-là se reconnaît dans son tort qui n'ose pas jurer qu'il est dans son droit[3], et je montrerai au § **888** qu'il faut presque toujours assimiler au refus de serment le fait de ne pas le prêter dans les termes où il est déféré. Référer le serment, c'est dire à celui qui le défère : « Jurez vous-même que vous « êtes propriétaire, que vous êtes créancier, ou que vous « n'êtes pas débiteur »; et rien n'est plus légitime, car après avoir fait appel à la conscience de mon adversaire, je ne puis ni m'étonner qu'il se fie à la mienne, ni me plaindre de ce qu'il remet entre mes mains le jugement du procès. Aussi dois-je à mon tour prêter le serment ou le refuser, et il n'y a pas pour moi d'autre alternative, car le serment ne peut être référé qu'une seule fois[4].

§ **881**. « Celui auquel le serment est déféré, qui le refuse « ou ne consent pas à le référer à son adversaire, ou l'ad- « versaire à qui il a été référé et qui le refuse, doit succom- « ber dans sa demande ou dans son exception »[1]. Quand

§ **880**. [1] « *Jusjurandum necessarium* » dit le droit romain par opposition au *jusjurandum voluntarium* (Voy. *suprà*, § **878**, note 9).
[2] Dig., L. 27, *De jurej.* (XII, II). Aj. L. 28, § 3, *ib.*
[3] Bonnier, *op. cit.*, n° 404.
[4] C. civ., art. 1361. Voy., sur ce dernier point, Pothier, *Des obligations*, n° 915; Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 625; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 193; Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1361, n° 3.

§ **881**. [1] Voy., sur cet emploi du mot *exception*, t. I, § **377**, note 3.

l'article 1361 du Code civil résume ainsi les explications qui précèdent, c'est d'un serment valablement déféré qu'il veut parler; or, s'il y a place pour le serment décisoire en toute matière[2], en toute circonstance[3] et en tout état de cause[4], il y a cependant des exceptions à ce principe : tantôt ce serment ne peut être déféré; tantôt il ne produit pas les effets d'un serment décisoire.

§ **882**. A. Si la délation du serment décisoire est une transaction[1], il est naturel que sa validité soit soumise aux principes généraux qui régissent les transactions, et qu'elle exige, chez celui qui défère le serment, un consentement exempt de vices; chez les deux parties, la capacité de disposer du droit litigieux; enfin, un objet qui puisse être matière à convention[2]. Je tire de ce principe les trois conséquences suivantes.

1° La délation de serment n'est pas valable, et peut être rétractée, contrairement au principe posé au § précédent,

[2] « *Jusjurandum et ad pecunias et ad omnes res locum habet* » (Dig., L. 34, pr., *De jurej.*, XII, 2). Le serment décisoire peut-il être déféré à une partie sur les faits honteux ou illicites qui seraient allégués contre elle? Voy. Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 609; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 189; Turin, 13 avr. 1808 (D. A. v° *Dispositions entre-vifs et testamentaires*, n° 255); Bruxelles, 1er févr. 1809 (D. A. v° *Obligations*, n° 5204; Pau, 3 déc. 1829 (D. A. v° *cit.*, n° 4876); Bordeaux, 10 mai 1833 (D. A. v° *cit.*, n° 5204). Aj., sur les faits sur lesquels on peut déférer le serment décisoire, *suprà*, § **879**, note 7, et la suite du présent §.

[3] « Encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou « de l'exception sur laquelle il est provoqué » Voy., sur le mot *exception* pris dans ce sens, t. I, § **377**, note 3), et quand même il s'agirait de prouver ainsi outre ou contre le contenu d'un acte (Civ. rej. 7 juin 1893; S. 94. 1. 182).

[4] C. civ., art. 1360. C'est-à-dire jusqu'à la clôture des débats; voy., sur l'application de cette règle, Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 613, Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1360, n° 4, Turin, 1er mai 1810 (D. A. v° *Interrogatoire sur faits et articles*, n° 53), Metz, 28 août 1812 (D. A. v° *Obligations*, n° 5293); Bourges, 26 août 1814 (D. A. v° *Ordre entre créanciers*, n° 1164), req. 22 déc. 1829 (D. A. v° *Conclusions*, n° 57), Colmar, 2 mai 1842 (D. A. v° *Effets de commerce*, n° 194), Bourges, 27 janv. 1845 (D. A. v° *Obligations*, n° 5239); et, sur le moment de la procédure où l'on peut dire que les débats sont clos, t. II, § **689**.

§ **882**. [1] Voy. le § précédent.

[2] Art. 1004. C. civ., art. 1108 et 2045. Les articles 2044 et suivants du Code civil ne posent pas de règle quant aux objets sur lesquels il est permis de transiger; mais on est généralement d'accord pour appliquer à la transaction l'article 1004 du Code de procédure, qui ne permet pas de compromettre sur les causes de communication au ministère public (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 663; Accarias, *Étude sur la transaction*, n°s 88 et suiv.).

lorsqu'elle est entachée de dol ou de violence, c'est-à-dire qu'une partie y a été amenée par des manœuvres frauduleuses[3], ou contrainte par une pression immorale exercée sur sa volonté[4] : elle peut donc user, en ce cas, de la requête civile contre le jugement rendu au profit de l'adversaire qui a prêté le serment ainsi déféré[5]. Qu'on n'objecte pas qu'elle poursuit ainsi la preuve du parjure, car elle répondrait avec raison qu'il n'y a point parjure s'il n'y a eu serment, et que le serment irrégulièrement déféré est à considérer comme non avenu[6].

2° Le serment décisoire ne peut être déféré que par une partie capable de transiger[7] à une partie également capable de former ce contrat[8]; et, dans les procès où l'on plaide exceptionnellement par procureur[9], ce serment ne peut être déféré que par un mandataire muni d'un pouvoir spécial[10].

[3] Il faudra, suivant le droit commun, que le dol ait été pratiqué par l'adversaire, et non par un tiers (C. civ., art. 1116).

[4] Voy., sur les caractères juridiques de la violence considérée comme vice du consentement (C. civ., art. 1111 et suiv.), Demolombe, *op. cit.*, t. XXIV, n°s 132 et suiv : Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 298 et suiv.; Colmet de Santerre, *op. cit*, t V, n° 22 *bis*-I et suiv.

[5] L'article 480-1°, cité au § précédent, note 10, porte que la requête civile est ouverte pour « dol personnel », et le dol comprend toujours la violence qui est, comme on dit, un dol renforcé (Voy., pour plus de détails, le tome VI).

[6] C. civ, art. 1111, 1116 et 2053. Pothier, *op. cit.*, n° 918. Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n°s 664 et 665. Ce point est cependant controversé : Aubry et Rau contestent que la délation de serment puisse être rétractée pour dol ou pour violence (*Op. cit.*, t. VIII, p. 196); d'autres auteurs ne l'admettent que si une partie a laissé l'autre dans l'ignorance de son droit, en retenant les pièces décisives qui existaient en sa faveur (Toullier, *op. cit.*, t X, n° 390; Duranton, *op. cit.*, t. XIII, n° 601; Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1363, n° 9). *Quid*, si le serment a été déféré sous l'empire d'une erreur, ou s'il est pour celui qui l'a déféré une cause de lésion? Aucune transaction, pas plus celle-là qu'une autre, ne peut être attaquée sous prétexte de lésion (C. civ., art. 2052); c'est, d'ailleurs, l'application du droit commun en matière de contrats (C. civ., art. 1118). Quant à la rescision de la transaction pour cause d'erreur, je renvoie aux développements donnés par M. Accarias (*Op. cit.*, n°s 154 et suiv.).

[7] Voy., sur la capacité de transiger, C. civ., art. 2045; et, sur l'application de cette règle à la capacité de déférer le serment, Toullier, *op. cit.*, t. X, n° 375, Demolombe, *op. cit.*, t. VII, n° 691, t. XXX, n° 583, Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 184 et 185, Marcadé, *op. cit.*, t. V, sur les art. 1358 à 1360, n° 1, Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1359, n°s 2 et suiv., Bonnier, *op. cit.*, n° 412, trib. de Brignoles, 17 déc. 1879 (D. P. 80. 2. 249).

[8] Voy., sur ce point, outre l'article 2045 du Code civil et les autorités qui viennent d'être citées, Angers, 28 janv. 1825 (D. A. v° *cit.*, n° 5230); Rouen, 21 févr. 1842 (D. A. v° *Interdiction*, n° 114); Paris, 15 avril 1893 (S. 97. 1. 262).

[9] Voy., sur la règle « Nul en France ne plaide par procureur », et sur les exceptions qu'elle comporte, t. I, §§ **301** et suiv.

[10] Toullier, *op. et loc. cit.* Duranton, *op. cit.*, t. XIII, n° 587. Demolombe,

Cette règle s'impose à l'avoué lui-même[11], et au tuteur qui ne peut déférer le serment au nom de son pupille que sur un objet dont il ait le droit de disposer sans l'autorisation du conseil de famille[12]. J'ajouterais, en vertu du même principe, que le serment ne peut être déféré qu'à un mandataire spécial, si une règle plus absolue, que j'expliquerai au § suivant, ne commandait, en général, de déférer le serment à la personne même qui est en cause[13].

3° Le serment décisoire n'est déféré valablement : ni à l'appui d'une prétention qui peut être repoussée par une exception péremptoire; ni sur l'existence de faits dont il n'y a pas de preuve littérale, alors que la contestation par écrit en était requise *ad solemnitatem;* ni dans le cas où le fait de déférer le serment ou de le prêter impliquerait renonciation à des droits dont l'ordre public ne permet pas de disposer[14]. C'est ainsi qu'on ne peut déférer le serment : 1) au soutien d'une demande contre laquelle milite l'exception de chose jugée[15], ou qui tend à faire revivre un droit éteint par prescription[16];

op. cit., t. XXX, n° 584. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 185. Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1359, n° 2. Turin, 2 avr. 1810 (D. A. *v° cit.*, n° 5261). Besançon, 3 juin 1824 (D. A. *v° cit.*, n° 5227). Req. 27 avr. 1831 (D. A. *v° cit.*, n° 5214).

[11] Voy. les auteurs cités à la note précédente ; Rennes, 13 mai 1812 (D. A. *v° cit.*, n° 5228); Besançon, 23 févr. 1827 (D. A. v° *Désaveu*, n° 50); req. 27 avr. 1831, Rouen, 14 juin et 2 août 1831, 30 janv. 1838 (D. A. v° *Obligations*, n° 5214) et 21 févr. 1842 (D. A. v° *Interdiction*, *loc. cit.*); Nîmes, 12 janv. 1848 (D. P. 49. 5. 112); Rennes, 6 août 1849 (D. P. 51. 2. 136). Cette règle fait exception au principe que tous les actes de procédure sont valablement faits par l'avoué au nom de son client (Voy. t. I, § **220**).

[12] Voy. les auteurs cités *suprà*, note 14. Toutefois, la cour de Paris a décidé, d'une manière générale, que le tuteur peut déférer le serment au nom du mineur (27 août 1847; D. P. 47. 4. 443).

[13] C. civ., art. 1123, 1988 et 2045. Voy., sur le cas où le serment est déféré par ou à l'un des codébiteurs solidaires, par ou au débiteur principal, par ou à la caution, l'article 1365 du Code civil dont le commentaire dépasserait les limites de ce Traité.

[14] C'est la même théorie qu'en matière d'aveu (Voy. t. II, § **693**).

[15] Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 600. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 187. Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, n° 337 *bis*-IV. Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1358, n° 11. Bonnier, *op. cit.*, n° 410. Turin, 15 juill. 1806 et 5 avr. 1809; req. 22 août 1822 et 5 juill. 1829 (D. A. v° *Obligations*, n° 5194). Alger, 22 juill. 1895 (D. P. 97. 2. 342). Voy., sur l'autorité de la chose jugée, *infrà*, §§ **1126** et suiv.

[16] Duranton, *op. cit.*, t. XIII, n° 577. Demolombe, *op. et loc. cit.* Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, n° 337 *bis*-VII. Larombière, *op. et loc. cit.* Voy., sur la nature et l'effet de ce moyen de défense, t. I, § **696**, note 6. C'est en vertu du même principe qu'un avoué n'a pas été admis à déférer le serment décisoire à l'appui d'une demande en paiement de frais, faute de produire le registre à la tenue régulière duquel le décret du 16 février 1807 (Art. 151) subordonne le suc-

2) sur l'existence d'une donation ou d'un contrat de mariage qui n'ont pas été passés devant notaire[17]; 3) sur la célébration d'un mariage, sur une question de filiation, ou sur les faits allégués à l'appui d'une demande en divorce ou en séparation de corps[18]. Les courtes prescriptions édictées par les articles **2271** à **2274** du Code civil et **189** du Code de commerce font seules exception à cette règle[19] : pour corroborer l'effet de la présomption de paiement qui est l'unique motif de ces prescriptions, et pour laisser une dernière ressource au créancier qui a trop compté sur l'honnêteté de son débiteur, l'article **2275** du Code civil dispose que « ceux auxquels elles « seront opposées pourront déférer le serment à ceux qui les « opposent sur le point de savoir si la chose a été réellement « payée », et l'article **189** du Code civil, que « les prétendus « débiteurs seront tenus, s'ils en sont requis, d'affirmer sous « serment qu'ils ne sont pas redevables »[20].

§ **883**. B. Un principe différent, mais tout aussi certain, s'oppose à ce que le serment décisoire soit déféré à une partie sur des faits qui ne lui sont pas personnels. C'est à sa conscience qu'on fait appel, et elle ne peut attester en conscience que son propre droit ou les faits qui lui sont personnels : je puis jurer que telle somme m'est due, ou que telle chose m'ap-

cès de cette action (Req. 1er mai 1849, D. P. 49. 1. 182; voy., dans le même sens, Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 601, Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*, Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1358, n° 12, Bonnier, *op. et loc. cit.*; et, sur les demandes des avoués en paiement de leurs frais, *infrà*, §§ **1202** et suiv.).

[17] Duranton, *op. cit.*, t. XIII, n° 175. Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, nos 602, 610 et 613. Aubry et Rau, *op. et loc. cit.* Marcadé, *op. cit.*, t. V, sur les art. 1358 à 1360, *loc. cit.* Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1358, nos 10 et 14. Bonnier, *op. et loc. cit.* Civ. cass. 21 juill. 1852 (D. A. *v° cit.*, n° 5195). Voy., sur le cas où la rédaction d'un écrit est requise *ad solemnitatem actûs*, t. II, § **691**, et *suprà*, § **822**. Par contre, rien n'empêche de déférer le serment décisoire dans un cas où la rédaction d'un écrit n'est requise qu'*ad probationem actûs* (Civ. rej. 7 nov. 1893; D. P. 94. 1. 15; S. 94. 1. 182).

[18] Art. 1004. C. civ., art. 1128 et 2045. Aubry et Rau, *op. et loc. cit.* Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, n° 337 *bis*-II. Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1358, n° 9. Bonnier, *op. et loc. cit. Contrà*, Rennes, 16 déc. 1836 (D. A. *v° Paternité et filiation*, n° 631); req. 23 nov. 1885 (D. P. 86. 1. 55). Voy., sur le principe que la séparation de corps ne peut être le résultat d'une transaction ou d'un aveu, t. II, § **693**, note 9.

[19] Celles-là seulement, et non pas toutes les courtes prescriptions (Civ. rej. 13 févr. 1856; D. P. 56. 1. 77).

[20] Voy., sur les motifs de cette dérogation au droit commun, Troplong, *De la prescription*, t. II, n° 994.

partient; je ne puis jurer que telle somme est due à Primus, ou que telle chose lui appartient[1]. Il suit de là : 1° que, par exception à la règle générale, le serment ne peut être référé quand le fait qui en est l'objet est purement personnel à la partie à laquelle il a été déféré[2]; 2° que le serment ne peut être déféré qu'à une partie, et non pas à celui qui la représente ou qui n'est au procès que pour l'autoriser; celui-là ne peut jurer des faits personnels à la partie, et, s'il refuse de jurer des faits à lui personnels, ce refus n'est pas opposable à la partie et n'entraîne pas sa condamnation. Lors donc qu'une femme mariée est poursuivie par action personnelle, on ne peut dire à son mari : « Jurez que votre femme ne « doit rien », et, si on lui dit : « Jurez que vous ne l'avez pas « autorisée à s'obliger », son refus ne fera pas preuve de l'autorisation contre elle; elle pourra se dire encore non autorisée, et demander, pour ce motif, la nullité de son engagement[3]. Par exception, le serment dit de crédulité peut être déféré au tuteur dans le cas des articles 2275 du Code civil et 189 du Code de commerce déjà cités[4], et, en toute occasion, aux veuves et aux héritiers majeurs[5] : on appelle ainsi l'invitation adressée à une personne, de déclarer sous la foi du serment si elle ne sait pas que telle chose ou telle somme soit réellement due[6].

§ **884**. C. Il n'y a point de place pour l'appréciation du juge dans les circonstances qui viennent d'être exposées :

§ **883**. [1] C. civ., art. 1359. Voy., sur l'application de ce principe, Paris, 30 déc. 1809 (D. A. *v° cit.*, n° 5217); req. 20 avr. 1831 (D. A. *v° cit.*, n° 5216); Nancy, 21 déc. 1837 (D. A. *v° cit.*, n° 5210); req. 9 nov. 1846 (D. P. 46. 1. 348); Poitiers, 27 nov. 1850 (D. P. 51. 2. 93); civ. rej. 1er mars 1859 (D. P. 59. 1. 155); Paris, 20 déc. 1889 (D. P. 90. 2. 172).

[2] C. civ., art. 1362. Voy., sur le droit de référer le serment, le § précédent.

[3] Pothier, *op. cit.*, n° 821. Toullier, *op. cit.*, t. XIII, n° 373. Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n°s 587 et suiv. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 186. Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1359, n°s 5, 8 et 9. On ne peut, par la même raison, déférer le serment aux directeurs ou administrateurs de sociétés (Lyon, 12 févr. 1890; D. P. 91. 2. 247).

[4] Ce sont les seuls cas où il soit permis de lui déférer le serment (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 186; Bonnier, *op. cit.*, n° 412).

[5] A leur égard, les articles 2275 du Code civil et 189 du Code de commerce sont purement énonciatifs (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 188; Larnaude, sur Bonnier, *op. et loc. cit.*).

[6] Le tuteur, la veuve et l'héritier majeur sont les seules personnes auxquelles on puisse déférer le serment de crédulité (Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*; Larnaude, sur Bonnier, *op. et loc. cit.*).

ou la délation du serment est irrégulière, et le tribunal doit rejeter les conclusions qui tendent à ce qu'il soit prêté; ou elle est régulière, et le tribunal ne peut faire autrement que de céder au vœu de la partie qui l'a faite, et de procéder comme il sera dit au § suivant. Il croirait trouver dans les pièces du procès une preuve suffisante des faits contestés; ils lui paraitraient, au contraire, tout à fait invraisemblables; il verrait, enfin, dans la délation du serment une mesure vexatoire et l'exploitation des scrupules d'une conscience timorée, qu'il devrait encore ordonner de le prêter, donner gain de cause à celle qui le prête, et donner tort à celle qui le refuse. Pourvu qu'une partie agisse librement, qu'elle soit capable, et que la nature du procès ne fasse pas échec à sa volonté, elle a le droit de s'en remettre à la conscience de son adversaire, et le tribunal, cessant un moment d'être juge, n'est plus que le témoin de la solennité qui va s'accomplir[1].

§ 884. [1] Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, nos 614 et 615. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 191 et 192. Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, no 337 *bis*-V. Marcadé, *op. cit.*, t. V, sur les art. 1358 à 1360, no 2. Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1361, no 6. Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 485 et suiv. Bonnier, *op. cit.*, no 413. Caen, 13 févr. 1838 (D. A. *v*o *cit.*, no 5242). Caen, 4 janv. 1840 (D. A. vo *Contrat de mariage*, no 1593). Nancy, 20 déc. 1844 (D. A. vo *Obligations*, *loc. cit.*). Je dois cependant reconnaître : 1° que la jurisprudence est fixée en ce sens, que les circonstances de la cause et l'état des preuves peuvent autoriser le juge à ne pas ordonner la prestation du serment décisoire (Paris, 22 août 1825, D. A. vo *Mariage*, no 730; req. 23 avr. 1829, D. A. vo *Obligations*, no 4155; Bordeaux, 19 et 27 janv. 1830, D. A. *v*o *cit.*, no 5241; Aix, 29 juill. 1839, D. A. vo *Responsabilité*, no 351; Limoges, 10 mai 1845, D. P. 46. 4. 458; Orléans, 2 janv. 1850, D. A. vo *Obligations*, *loc. cit.*; req. 6 août 1856, D. P. 57. 1. 39; Agen, 8 déc. 1858, D. P. 59. 2. 19; Pau, 10 déc. 1858, D. P. 59. 2. 18; civ. rej. 1er mars 1859, D. P. 59. 1. 155; civ. rej. 6 févr. 1860, D. P. 60. 1. 253; Chambéry, 22 mars 1861, D. P. 61. 2. 167; req. 11 nov. 1861, D. P. 62. 1. 465; civ. rej. 17 mars 1862. D. P. 62. 1. 435; Colmar, 29 juill. 1863, D. P. 63. 2. 137; req. 17 nov. 1863. D. P. 64. 1. 121 : Bastia, 12 avr. 1864, D. P. 64. 2. 88; Bordeaux, 14 janv. 1869, D. P. 74. 5. 449; req. 19 avr. 1870, D. P. 72. 1. 323; req. 27 juill. 1875, D. P. 76. 1. 161; req. 31 oct. 1893, D. P. 94. 1. 108, S. 94. 1. 16; Alger, 17 févr. 1894, D. P. 95. 2. 262; req. 30 juin 1896, D. P. 97. 1. 12, S. 97. 1. 40; voy. dans le même sens, Larnaude, sur Bonnier, *op. et loc. cit.* Giraud, *Du serment décisoire*, dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. XXI, 1864, p. 248 et suiv.); 2° que, parmi les auteurs cités *suprà*, même note, quelques-uns permettent au tribunal de ne pas ordonner la prestation de serment lorsqu'elle offre, à ses yeux, un caractère vexatoire (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 192; Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1361, no 7; voy., dans le même sens, Lavielle, *op. cit.*, p. 95). Cette opinion, qui n'est fondée sur aucun texte, ne me paraît non plus justifiée par aucun principe : le *jusjurandum calumniæ*, qu'on déférait, chez les Romains, aux plaideurs suspects d'agir par esprit de chicane (Inst. Just., liv. IV, tit. XVI, § 1), n'existe plus aujourd'hui (Voy. notamment, sur ce point, Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, no 615).

Il n'en est plus de même, et la prestation de serment n'est pas nécessairement ordonnée lorsqu'il est déféré régulièrement, mais dans des circonstances telles que, s'il était prêté, il n'aurait pas le caractère d'un serment décisoire[2]. Cela arrive dans deux cas : 1° si les faits qui en font l'objet sont indifférents à la solution du procès, en sorte que le jugement ne puisse dépendre ni du serment ni du refus de serment; 2° si les conclusions par lesquelles il est déféré annoncent chez celui qui le défère l'intention de n'en pas subir toutes les conséquences, et d'attaquer, au besoin, par les voies de recours ordinaires ou extraordinaires le jugement rendu au profit de celui qui aura juré. Le tribunal apprécie, dans le premier cas, la pertinence des faits, et, dans le second, les intentions de la partie qui défère le serment : tantôt il ordonne la prestation de serment, tantôt il rejette les conclusions qui y tendent; mais, en l'ordonnant, il lui reconnaît le caractère d'un serment décisoire, et le jugement du procès en dépend nécessairement[3], car je n'admets pas que le serment déféré par des conclusions subsidiaires cesse forcément d'être décisoire, et n'ait jamais que la portée du supplément supplétoire dont je parlerai aux §§ **887** et suivants. Pourquoi ne serait-il pas décisoire, si les conclusions subsidiaires qui y tendent sont conçues dans des termes tels que la solution du procès en dépende, et que, dans le cas où il serait prêté, la partie qui le défère renonce à faire valoir d'autres moyens[4]?

[2] « Le serment judiciaire est de deux espèces : 1° celui qu'une partie défère « à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause; il est appelé décisoire... » (C. civ., art. 1357).

[3] Voy., en ce sens, sur le premier cas, Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 188, Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1359, n° 15, Bourges, 15 juill. 1814, Bordeaux, 14 avr. 1840 (D. A. *v° cit.*, n° 5186), req. 6 févr. 1843 (D. A. v° *Compte*, n° 35), Bourges, 11 févr. 1845 (D. P. 46. 4. 357), req. 9 nov. 1846 (D. P. 46. 1. 348), civ. rej. 12 mai 1852 (D. A. v° *Obligations*, *loc. cit.*), Dijon, 27 oct. 1893 (D. P. 94. 2. 99); sur le second cas, Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 621, Rennes, 16 août 1816 (D. A. v° *Effets de commerce*, n° 809), req. 26 nov. 1828 (D. A. v° *Obligations*, n° 190), Pau, 3 déc. 1829 (D. A. *v° cit.*, n° 4876), req. 21 nov. 1833 (D. A. v° *Dispositions entre-vifs et testamentaires*, n° 4658), req. 12 nov. 1835 (D. A. v° *Obligations*, n° 5190), Nîmes, 24 mars 1852 (D. A. *v° cit.*, n° 5189); Bastia, 22 avr. 1864 (D. P. 64. 2. 88), trib. du Puy, 29 janv. 1869 (D. P. 70. 3. 12), civ. cass. 13 juin 1881 (D. P. 82. 1. 474).

[4] Voy. cep., en sens contraire, civ. rej. 30 oct. 1810, Agen, 29 déc. 1815 (D. A. *v° cit.*, n° 5188); Agen, 25 févr. 1817 (D. A. v° *Acquiescement*, n° 795); Angers, 27 mars 1817 (D. A. v° *Obligations*, *loc. cit.*); Montpellier, 25 juin 1819 (D. A. *v° cit.*, n° 5199); Agen, 17 févr. 1830, Montpellier, 22 avr. 1833, Colmar,

§ **885**. Les articles 120 et 121 règlent la marche de cet incident. La partie qui défère le serment pose, à cet effet, des conclusions qu'elle signifie dans la forme ordinaire[1], sauf que l'avoué qui les prend pour elle doit être prêt à justifier qu'il agit en vertu d'un mandat spécial[2]. Si le droit de déférer le serment n'est pas contesté, il est donné acte de ces conclusions[3]; s'il est contesté, un jugement ordonne le serment ou déclare qu'il n'y a pas lieu de le prêter : il n'y a que ce jugement qui puisse mettre légalement une partie dans la nécessité de prêter serment, de le référer ou de succomber, et on a vu au § **640** que c'est l'impossibilité pour le juge de paix de rendre un jugement quelconque à l'audience de conciliation, qui empêche le serment déféré au bureau de paix d'être un serment judiciaire. Ce jugement doit énoncer les faits sur lesquels le serment sera reçu : formalité requise à peine de nullité, bien que la loi ne l'ait pas dit[4], car elle est essentielle pour fixer le débat et avertir l'autre partie des faits sur lesquels elle va être appelée à prêter serment[5]. A elle maintenant de s'interroger, et de voir si elle est assez sûre d'elle-même pour jurer sans commettre un parjure. Si elle est présente, qu'elle se déclare prête à prêter serment, et que son adversaire soit également présent,

5 févr. 1834 et 7 mars 1835, Bourges, 26 mai 1835, Paris, 18 janv. 1837, req. 7 nov. 1838 (D. A. v° *cit.*, n° 5188); Rouen, 27 janv. 1840 (D. A. v° *cit.*, n° 5118); Paris, 29 janv. 1841 (D. A. v° *Société*, n° 848); Bordeaux, 8 avr. 1842 (D. A. v° *Louage*, n° 142); Paris, 20 janv. 1844 (D. P. 45. 4. 476); Nancy, 12 févr. 1846 (D. P. 46. 2. 121); Colmar, 13 juill. 1846 (D. P. 46. 4. 456); Orléans, 26 févr. 1847 (D. A. v° *Obligations*, n° 5188); Riom, 3 juill. 1849 (D. P. 49. 5. 362); req. 15 mars 1852 (D. P. 52. 1. 79); Douai, 31 janv. 1855 (D. P. 55. 5. 412); Bordeaux, 22 août 1871 (D. P. 72. 2. 214).

§ **885**. [1] Voy., sur la forme des conclusions, t. II, § **682**; trib. de Luxembourg, 8 févr. 1893 (D. P. 94. 2. 84). *Quid*, dans ce cas particulier, si elles sont subsidiaires? Voy., à cet égard, le § précédent.

[2] Voy., sur ce point, *suprà*, *ib.*

[3] L'article 120 ne dit pas que la délation du serment décisoire doive toujours être ordonnée par jugement; il dit seulement *le jugement qui ordonnera un serment* (Bioche, *op. cit.*, v° *Serment*, n°s 42 et suiv.; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 254). Il en est autrement du serment supplétoire (Voy. le § suivant).

[4] *Nec obst.* art. 1030. Cet article ne s'applique ni aux jugements (Voy. *infrà*, §§ **1049** et suiv., **1062** et suiv.), ni même aux actes de procédure qui manquent d'une énonciation substantielle (Voy. t. II, § **502**).

[5] Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 503. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 469. Voy. cep. Turin, 20 févr. 1808 (D. A. v° *cit.*, n° 5198).

le serment est prêté séance tenante et sans autre formalité qu'une mention au procès-verbal de l'audience[6]. Dans le cas contraire, le jugement fixe le jour et le lieu où le serment sera reçu; ce jugement est signifié à la partie qui doit le prêter[7], sans préjudice de la signification ordinaire à son avoué[8]. La partie qui a déféré le serment est également sommée d'y assister par acte d'avoué à avoué[9]. Le délai minimum est de trois jours[10] à compter de la signification[11], plus, pour chacune des parties, l'augmentation de distance calculée comme il est dit aux §§ **522** et suivants[12].

§ **886**. Le serment est prêté à l'audience, à moins que les juges, ayant égard à l'âge, à la santé ou à l'éloignement de la partie, n'aient ordonné qu'elle prêtera serment, soit à l'audience du tribunal ou du juge de paix de son domicile[1], soit

[6] Civ. rej. 10 mai 1842 (D. A. *v° cit.*, n° 5303). Req. 1er juin 1875 (D. P. 78. 1. 71).

[7] A peine de nullité (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 45; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 506; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*). Les jugements qui ordonnent un acte à accomplir par la partie elle-même, doivent toujours être signifiés à sa personne (Voy. *infrà*, § **1191**).

[8] Voy. *infrà, ib.*

[9] Cette formalité est requise, comme la précédente, à peine de nullité, car il est essentiel que la partie qui a déféré le serment puisse y assister : telle est, du moins, la pensée de la loi lorsqu'elle prescrit de l'y appeler. Peut-être, en face d'elle, intimidé par ses regards et par sa seule présence, l'adversaire n'osera-t-il pas commettre un parjure (Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 470; *contrà*, Aix, 21 mai 1811, D. A. *v° cit.*, n° 4973, civ. cass. 6 août 1894, D. P. 95. 1. 199, S. 94. 1. 416). L'article 121 suppose aussi que la partie qui défère le serment n'a pas constitué d'avoué; mais cette complication se présentera plutôt en matière de serment supplétoire (Voy. le § suivant, note 1), car la partie qui défère le serment décisoire a nécessairement un avoué. Si, toutefois, elle en était dispensée dans les cas exceptionnels indiqués t. I, § **217**, la sommation par acte d'avoué à avoué serait remplacée, aux termes de l'article 121, par un exploit contenant l'indication du jour de la prestation.

[10] On est généralement d'accord pour appliquer ici, au lieu du délai de l'ajournement qui est de huitaine (Voy. t. II, § **672**), celui de trois jours dans lequel les faits sur lesquels l'enquête est demandée doivent être déniés ou reconnus, sinon tenus pour avérés (Voy. *suprà*, § **835**). Voy., en ce sens, Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 520; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; req. 4 janv. 1842 (D. A. v° *Exploit*, n° 658); Orléans, 28 mai 1849 (D. P. 49. 2. 203). Voy. cep. un arrêt de la cour d'Orléans qui applique ici le délai de l'ajournement (6 déc. 1807; D. A. v° *Obligations*, n° 5364), et un arrêt de la cour de Bastia qui déclare suffisant un simple délai de vingt-quatre heures (30 janv. 1830; D. A. *v° cit.*, n° 5365).

[11] Nancy, 14 juin 1832 (D. A. *v° cit.*, n° 5366).

[12] Carré, *op. et loc. cit.* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Req. 4 janv. 1842 (D. A. v° *Exploit, loc. cit.*).

§ **886**. [1] L'article 121 suppose que le serment reçu, en vertu d'une commission

chez elle en présence d'un juge de ce tribunal ou du juge de paix assistés du greffier[2]. La partie prête le serment en personne, car l'ancien usage du serment par procureur est aboli : on s'étonne même qu'il ait pu exister[3]. L'autre partie y est présente, soit qu'elle assiste à l'audience où il est prêté séance tenante, soit qu'elle se rende à la sommation qui lui est donnée pour une autre audience; mais il va de soi qu'après l'avoir régulièrement convoquée, on peut passer outre malgré son absence[4].

La loi n'a prescrit aucune forme particulière pour la prestation du serment décisoire[5], et la seule qui soit vraiment substantielle, c'est l'emploi des mots « Je le jure », prononcés à haute voix et en français par celui qui a l'usage de la parole et de la langue française, écrits par le muet, prononcés dans sa langue par l'étranger qui ne parle pas français, et traduits aussitôt par un interprète. Les autres formalités — se tenir debout, ôter son gant, lever la main droite — sont des usages respectables, mais dont l'observation n'est pas sacramentelle et dont l'omission n'entraîne pas nullité[6]. Le tribu-

rogatoire, ailleurs qu'au siège du tribunal saisi de la contestation est toujours prêté au domicile de la partie, mais c'est une facilité de plus qu'il donne à cette dernière, et rien n'empêche évidemment le tribunal, qui juge que les circonstances ne commandent pas cette mesure exceptionnelle, d'ordonner que la partie prêtera serment à l'audience ou au siège de la justice de paix de son domicile (Civ. rej. 17 févr. 1836; D. A. v° *Obligations*, n° 5358). Aj., sur le serment reçu par commission rogatoire, Rennes, 2 avr. 1810 (D. A. *v° cit.*, n° 5360); req. 19 juill. 1836 (D. A. *v° cit.*, n° 5359); Bastia, 10 janv. 1838 (D. A. *v° cit.*, n° 5365).

[2] Voy., sur l'assistance obligatoire du greffier à tous les actes du juge, t. I, § **209**.

[3] Voy., sur cette ancienne coutume, Duparc-Poullain, *op. cit.*, t. IX, p. 452; Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 645; Gabriel, *Essai sur la nature, les différentes espèces et les divers degrés de force des preuves* (Bouillon, 1790), t. II, p. 182. Il résulte de l'abrogation de cet usage que le serment ne peut être déféré aux administrations, corporations, communautés, etc., qui ne pourraient le prêter que par mandataire (Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 514 et suiv.), et que, s'il est déféré au représentant légal de ces personnes (Voy. t. I, § **307**) sur un fait à lui personnel, il ne les lie pas plus qu'il ne lie l'incapable, lorsqu'il est déféré à son représentant (Voy. le § précédent).

[4] « Le serment sera fait en présence de l'autre partie, ou elle dûment appelée » (Art. 121; voy., sur l'application de cette règle, Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 580 *bis*, Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*).

[5] Pas plus que pour la prestation du serment des experts et des témoins assignés dans une enquête (Voy. *suprà*, §§ **844** et **868**).

[6] Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 653. Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1357, n° 8. Bonnier, *op. cit.*, n° 420. Nîmes, 7 juin 1827 (D. A. v° *Serment*, n° 28). Le juge peut aussi prendre des mesures pour assurer la sincérité du serment : rappeler les faits à la partie qui doit le prêter, l'adjurer de dire la vé-

nal peut aussi modifier la formule proposée, quand ce changement n'a pas d'importance ou qu'il a pour but d'élaguer des expressions ambiguës ou captieuses[7]. Quelquefois même la partie peut prêter le serment dans d'autres termes que ceux où il est déféré, et lui donner, par exemple, la forme d'un aveu qui formera à son profit un tout indivisible avec son serment; on lui dit : « Jurez que vous n'avez pas promis « 10.000 francs », et elle répond : « Je les ai promis, mais « je jure que je les ai payés »[8]. Ce sont, toutefois, des cas exceptionnels, et la règle est que le serment ne fait preuve, au profit de celui qui le prête, qu'autant qu'il est prêté sans tergiversation ni réticence et dans les termes mêmes où il est déféré[9]. C'est le refuser, avec toutes les conséquences qui s'y attachent, que de raisonner sur l'impossibilité ou sur l'invraisemblance du fait qui en est l'objet[10], ou de répondre au magistrat qui dit : « Jurez que vous n'étiez pas tel jour à tel « endroit », « Je jure que je l'ignore » ou « Je jure que je « n'en ai pas souvenir »[11].

Les difficultés relatives à la nature civile ou religieuse du serment n'ont pas, en matière de serment décisoire, le caractère

rité, l'avertir des peines du parjure, et même renvoyer la prestation de serment à une prochaine audience pour laisser à cette partie le temps de réfléchir, et de se désister sans éclat si elle n'ose prêter serment (Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1357, n° 12 ; Lavielle, *op. cit.*, p. 190). A Genève, ce renvoi est de droit (L. 29 sept. 1819, art. 173 ; Bellot, *op. cit.*, p. 155).

[7] Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 190. Bruxelles, 25 avr. 1822 (D. A. v° *Obligations*, n° 4140). Req. 15 mars 1822 (D. A. v° *cit.*, n° 5278). Req. 14 nov. 1860 (D. P. 61. 1. 338). Colmar, 9 mars 1864 (D. P. 66. 2. 12). Trib. de Brives, 15 janv. 1890 (D. P. 91. 2. 67).

[8] On ne peut enlever à une partie, en lui déférant le serment, le droit qu'elle aurait, en cas de comparution personnelle ou d'interrogatoire sur faits et articles, de mêler l'affirmation de son propre droit à la reconnaissance partielle du droit de son adversaire, et de réclamer le bénéfice de l'indivisibilité de ses déclarations (Toullier, *op. cit.*, t. X, n° 396; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 193; Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1363, n° 3 ; Bonnier, *op. cit.*, n° 424; civ. cass. 18 janv. 1813, D. A. v° *Dispositions entre-vifs et testamentaires*, n° 253; voy., sur l'indivisibilité de l'aveu judiciaire, t. II, § **693**).

[9] Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n°s 649 et suiv. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 195. Larombière, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. cit.*, n° 412. Caen, 23 janv. 1824 (D. A. v° *Acquiescement*, n° 656). Req. 8 déc. 1829 (D. A. v° *Obligations*, *loc. cit.*). Civ. cass. 18 août 1830 (D. A. v° *cit.*, n° 525). Req. 8 mars 1852 (D. P. 52. 1. 73). Aj., sur l'application de cette règle au serment de crédulité, Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 652, et voy., sur ce serment, *suprà*, § **882**.

[10] Besançon, 1er avr. 1862 (D. P. 62. 2. 87).

[11] Bruxelles, 22 févr. 1819 (D. A. v° *cit.*, n° 5251). Req. 8 mars 1852 (D. P. 52. 1. 63). Req. 9 juin 1863 (D. P. 63. 1. 468). Dijon, 27 oct. 1893 (D. P. 94. 2. 99). Voy. cep. Besançon, 1er févr. 1856 (D. P. 56. 2. 96).

aigu qu'on leur a vu prendre dans d'autres circonstances[12] : les unes sont tranchées depuis longtemps par la jurisprudence; les autres ne se sont jamais posées, et on peut croire maintenant qu'elles ne se produiront pas[13]. Toutes se résolvent, au surplus, à l'aide du principe posé au § **844** et d'où résultent, en l'espèce, les conséquences suivantes : 1° nul ne peut refuser ce serment sous prétexte d'athéisme, sans s'exposer à l'application de l'article 1361 du Code civil, c'est-à-dire « à succomber dans sa demande ou dans son exception »[14]; 2° ceux-là seuls peuvent le refuser et y substituer une simple affirmation, qui déclarent, en le prouvant au besoin, appartenir à une religion qui leur interdit de jurer[15]; 3° il n'y a qu'une forme de serment comme il n'y a qu'une loi, et nul ne peut être contraint de le prêter suivant un rite particulier[16]; 4° nul ne peut être interrogé sur ses convictions religieuses quand il se déclare prêt à accomplir cet acte purement civil, et on n'a pas le droit de lui demander s'il croit en Dieu, ou de contester la valeur de son serment sous prétexte qu'il n'y croirait pas[17].

§ **887**. II. Les mêmes règles doivent être suivies pour déférer le serment supplétoire et pour le prêter, à cela près

[12] Voy. *suprà*, § **844**.

[13] Le serment décisoire était cependant compris dans le projet de loi dont j'ai parlé *suprà*, *ib*.

[14] Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 657. Migneret, *op. cit.* (Dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, nouv. sér., t. I, 1871-1872, p. 673 et suiv.).

[15] Merlin, *op. cit.*, v° *Serment*, § II, n° 3, et *Questions de droit*, *eod. v°*, § I. Duranton, *op. cit.*, t. XIII, n° 592. Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 656. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 182. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 255. C'est ce que la cour de cassation a jugé pour les quakers (Req. 28 mars 1810, D. A. v° *Serment*, n° 24; comp. *suprà*, § **844**).

[16] Favard de Langlade, *op. cit.*, v° *Serment*, sect. III, § I, n° 23. Toullier, *op. cit.*, t. X, n°s 243 et suiv. Duranton, *op. cit.*, t. XIII, n° 593. Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 655. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 183. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 518 et 519. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boncenne, *op. cit.*, t. III, p. 500. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*, n° 256. Rodière, *op. et loc. cit.*; Bonnier, *op. cit.*, n° 422. Turin, 22 févr. 1809; Nîmes, 10 janv. et 7 juin 1827 (D. A. v° *cit.*, n° 28). Aix, 13 août 1829 (D. A. v° *Obligations*, n° 5307). Civ. cass. 3 mars 1846 (D. P. 46. 1. 103; cet arrêt a fixé la jurisprudence). Besançon, 15 janv. 1847 (D. P. 47. 4. 441). Req. 16 juin 1869 (D. P. 70. 1. 198). *Contrà*, Merlin, *Répertoire*, v° *cit.*, § III, n° 2, et *Questions, de droit*, § II; Bioche, *op. et v° cit.*, n° 58; Nancy, 15 juill. 1808, Colmar, 17 juin 1822 et 18 janv. 1828 (D. A. v° *Serment*, n° 25); Pau, 11 mai 1830 (D. A. v° *cit.*, n° 26).

[17] Bonnier, *op. cit.*, n° 421. Comp. *suprà*, § **844**.

qu'étant déféré d'office par le tribunal, un jugement est nécessairement rendu pour ordonner qu'il sera prêté[1]. Ce qui le distingue surtout du serment décisoire, ce sont les circonstances où il peut être déféré, et les effets que produit sa délation.

§ **888**. 1° C'est pour compléter sa conviction que le juge défère le serment d'office[1], et le système des preuves naturelles[2] entraîne ici cette conséquence, que le juge n'est jamais tenu de déférer ce serment[3], qu'il est libre, en principe, de le déférer en toute matière[4], en tout état de cause[5], à l'une ou à l'autre des parties[6], et sur des faits dont la solution du

§ **887**. [1] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 42 et suiv. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 254. Est également supplétoire le serment que la partie a déféré à l'autre par des conclusions subsidiaires, et qui par cette raison, n'a pas le caractère d'un serment décisoire, la partie qui le déférait n'en ayant pas fait entièrement dépendre la solution du procès (Besançon, 29 juin 1892; D. P. 93. 2. 555). L'article 121, aux termes duquel le jugement qui ordonne à une partie de prêter serment doit être signifié par exploit à l'autre partie qui n'a pas d'avoué, peut toujours s'appliquer au serment supplétoire, car ce serment peut être déféré à la partie qui comparaît quand l'autre fait défaut (Voy. le § suivant). Voy., sur l'application de ce même article au serment décisoire, le § précédent, note 9. Du reste, si la prestation du serment supplétoire a lieu séance tenante, le jugement qui l'ordonne n'a pas besoin d'être signifié (Civ. rej. 10 mai 1842, D. A. v° *Obligations*, n° 5303; comp., pour le serment décisoire, *suprà, ib.*).

§ **888**. [1] Voy., sur le caractère de ce serment, Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 359 et 361; Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1366, n° 3; et, sur l'inconvénient qu'il y a à transporter ainsi d'office le jugement d'un procès du domaine du droit dans celui de la conscience, Bentham, *Des preuves judiciaires*, t. I, p. 176 et suiv.; Lavielle, *op. cit.*, p. 193 et suiv.

[2] Voy., sur ce système, t. II, § **726**.

[3] Même en matière commerciale et malgré l'article 1329 du Code civil, qui, en disant que « les registres des marchands ne font point, contre les personnes « non marchandes, preuve des fournitures qui y sont portées, sauf ce qui sera « dit à l'égard du serment », réserve au tribunal la faculté de déférer le serment supplétoire, mais ne lui en impose pas l'obligation (Boistel, *op. cit.*, n° 116; req. 22 juill. 1872, D. P. 73. 1. 110).

[4] Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 701.

[5] Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 710.

[6] A celle qui lui inspire le plus de confiance, mais, toutes choses égales, plutôt à celle qui fait de son droit la preuve imparfaite que ce serment est destiné à compléter (Toullier, *op. cit.*, t. X, n°s 412 et suiv.; Duranton, *op. cit.*, t. XIII, n° 616; Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 708; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 361; Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur les art. 1367 et 1368, n° 12; Boncenne, *op. cit.*, t. II, p. 492; Bonnier, *op. cit.*, n° 441; req. 29 prair. an XIII, D. A. v° *cit.*, n° 5294; Paris, 12 fruct. an XIII, D. A. v° *cit.*, n° 5295; Douai, 29 juill. 1816, D. A. v° *cit.*, n° 5296; req. 29 juin 1824, D. A. v° *cit.*, n° 5297; civ. rej. 22 avr. 1828 (D. A. v° *Mariage*, n° 919). Quelquefois cependant la loi désigne elle-même la partie à laquelle ce serment devra être déféré (Voy. *infrà*, même §).

procès ne dépend pas[7] ou qui ne sont pas personnels à la partie qui déclare seulement en avoir connaissance[8] : ce n'est qu'un moyen d'instruction, et le tribunal a le droit d'y chercher la preuve de tous les faits de la cause qui ont, à ses yeux, quelque importance[9]. Les seules restrictions qui s'imposent à lui sont les suivantes. 1) Il ne peut déférer le serment supplétoire dans une matière d'ordre public, où les parties ne peuvent renoncer volontairement à leurs droits, comme une question d'état[10]. 2) Il ne peut le déférer aux tiers[11], et il n'a pas le choix entre les deux parties dans le cas de l'article 17 du Code de commerce, qui porte que « si la partie aux livres de laquelle on offre d'ajouter foi « refuse de les représenter, le juge peut déférer le serment « à l'autre partie »[12]. 3) Ce serment ne peut porter que sur des faits dont la preuve est permise ; il ne peut donc être déféré, dans une procédure d'inscription de faux, sur des faits étrangers aux moyens de faux dont la preuve a été admise[13]. 4° Il suppose, dans tous les cas, que les faits ne sont ni pleinement justifiés ni totalement dénués de preuve[14], car, des-

[7] Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 703. Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*, t. VIII, p. 362. Voy., sur ce point, Zachariæ de Lingenthal, *Le serment supplétoire ne peut-il être déféré d'office à une partie que sur un fait qui lui soit personnel?* (dans la *Revue de droit français et étranger*, t. II, 1845, p. 24 et suiv.); Chambéry, 19 mai 1897 (D. P. 97. 2. 335). Ce serment ne peut être déféré sur un point de droit, mais ce n'est pas le déférer ainsi que d'ordonner, en présence d'un commencement par écrit, qu'une partie jurera si elle n'a pas promis de payer à l'autre une certaine somme (Req. 14 févr. 1898; D. P. 98. 1. 112).

[8] Toullier, *op. cit.*, t. X, n° 420. Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 705. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 361. Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur les art. 1367 et 1368, n° 8. Req. 14 août 1811, 8 déc. 1832 et 5 juin 1833; civ. rej. 10 mai 1842 (D. A. v° *Obligations*, n° 5303). Req. 14 févr. 1898 (D. P. 98. 1. 112).

[9] Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 362. Il s'ensuit que le tribunal peut déférer d'office le serment de crédulité, dans tous les cas où l'on a vu au § 882 que les parties peuvent le déférer comme serment décisoire (Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*; Marcadé, *op. cit.*, t. V, sur l'art. 1368, n° 2; Larombière, *op. et loc. cit.*; voy. cep. Toullier, *op. cit.*, t. X, n° 421).

[10] Pothier, *op. cit.*, n° 925. Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 702.

[11] Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 706. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 361. Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur les art. 1367 et 1368, n° 6. Chambéry, 14 juill. 1866 (D. P. 66. 2. 207).

[12] Voy., sur l'application de cet article, Boistel, *op. et loc. cit.*; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. I, n° 615.

[13] Poitiers, 27 nov. 1850 (D. P. 51. 2. 93). Voy., sur l'inscription de faux; et, en particulier, sur le jugement qui ordonne la preuve des moyens de faux, et sur les conséquences de ce jugement, t. II, § 805.

[14] L'article 1367 du Code civil dit : « 1° Que la demande ou l'exception ne soit « pas pleinement justifiée; 2° qu'elle ne soit pas totalement dénuée de preuves » (Voy., sur ce sens du mot *exception*, t. I, § 277, note 2).

tiné qu'il est à compléter la conviction du juge, il n'aurait aucun sens si cette conviction était déjà formée dans un sens ou dans l'autre[15]. Je dirai, pour m'en tenir à la principale conséquence de cette règle[16], que le serment supplétoire ne peut être déféré au-dessus de 150 francs que si l'affaire est commerciale, s'il y a un commencement de preuve écrite, ou si la partie qui n'a pas de preuve écrite s'est trouvée dans l'impossibilité d'en obtenir une. Hors de là pas de preuve testimoniale[17] et, partant, pas de serment supplétoire, car, alors qu'on ne peut entendre le témoignage d'étrangers que rien n'autorise à suspecter, comment se fier, même avec la garantie du serment, à l'affirmation sincère, je le veux bien, mais intéressée d'une partie[18]?

§ **889**. 2° Le serment supplétoire est indivisible comme le serment décisoire, et par les mêmes raisons que lui[1]; il

[15] Il faut cependant prendre garde que le droit de critiquer la délation du serment ordonné d'office en dehors de ces deux conditions, et d'attaquer ainsi le jugement rendu sur le fond, ne saurait appartenir indifféremment aux deux parties. 1° Lorsqu'une partie a fait la preuve de son droit, que les juges lui ont déféré le serment pour plus de sûreté, et qu'elle l'a prêté, l'adversaire ne peut critiquer ce procédé auquel ils ont eu recours pour s'éclairer mieux encore, et se plaindre du surcroît de garanties qui lui a été donné; 2° Lorsqu'une partie ne fait aucune preuve de son droit, elle ne peut se plaindre de ce que le tribunal, qui aurait pu absoudre l'adversaire sur sa seule dénégation — « *Actore non probante reus absolvitur* » (T. II, § **727**) — lui a déféré le serment, et de ce que ce serment a été prêté. Ce qu'interdit l'article 1367 du Code civil, c'est de déférer le serment, pour la faire triompher, à une partie qui ne ferait aucune preuve de son droit et qui serait cependant disposée à le prêter, ou, pour la faire succomber, à une partie qui aurait fourni une preuve complète, mais qui redouterait, par scrupule de conscience, de prêter le serment qu'on voudrait exiger d'elle (Voy., sur ce point, req. 6 mars 1878; D. P. 79. 5. 381).

[16] Voy., sur son application, les nombreux arrêts rapportés par Dalloz et Vergé, *op. cit.*, art. 1367, nos 1 et suiv.; civ. cass. 23 déc. 1874 (D. P. 75. 1. 80).

[17] Voy., sur ce point, *suprà*, §§ **820** et suiv.

[18] C. civ., art. 1357, 1366 et 1367. Toullier, *op. cit.*, t. X, n° 409. Duranton, *op. cit.*, t. XIII, n° 617. Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 694. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 360. Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur les art. 1367 et 1368, n° 2. Bonnier, *op. cit.*, n° 441. Civ. cass. 19 avr. 1809 (D. A. v° *Prescription civile*, n° 1064). Civ. rej. 10 mai 1842 (D. A. v° *Obligations*, *loc. cit.*). Req. 24 juill. 1865 (D. P. 65. 1. 467). Req. 11 juin 1873 (D. P. 73. 1. 478). Civ. cass. 6 juin 1883 (D. P. 83. 1. 454). Besançon, 29 juin 1892 (D. P. 93. 2. 555). Civ. cass. 31 oct. 1893 (S. 94. 1. 16). Civ. rej. 10 févr. 1896 (D. P. 96. 1. 351; S. 96. 1. 72). Un serment, dont le tribunal a refusé d'ordonner la prestation comme serment décisoire à cause des réserves faites par la partie qui le déférait (Voy., sur cette hypothèse, *suprà*, § **886**), ne peut être prêté comme serment supplétoire si le procès ne comporte pas l'admission de la preuve testimoniale, et, spécialement, outre ou contre le contenu d'un acte écrit (Civ. rej. 7 nov. 1893; D. P. 94. 1. 15; S. 94. 1. 182).

§ **889**. [1] Civ. cass. 18 janv. 1813 (D. A. v° *Dispositions entre-vifs et testamentaires*, n° 2513). Voy., sur l'indivisibilité du serment décisoire, le § précédent.

expose, comme lui, le parjure aux peines édictées par l'article 366 du Code pénal[2], mais il n'a rien de la transaction, puisqu'il est déféré d'office à une partie sans le consentement et peut-être contre la volonté de l'autre; aussi diffère-t-il du serment décisoire en trois points. 1° Il ne peut être référé, car, si le tribunal a choisi l'une des parties pour faire appel à sa conscience, elle ne peut se dérober, et il faut qu'elle prête le serment ou qu'elle le refuse[3]. 2° Quoi qu'elle fasse, le tribunal apprécie à sa valeur son serment ou son refus, et n'est forcé ni de lui donner gain de cause si elle jure, ni de la condamner si elle refuse[4]; il peut même rétracter la délation du serment avant qu'il soit prêté, s'il survient de nouvelles preuves qui le rendent inutile[5]. 3° Sa fausseté peut être prouvée, soit jusqu'au jugement définitif devant le tribunal même qui l'a déféré, soit à l'appui du recours ordinaire ou extraordinaire interjeté contre ce jugement[6]. C'est seulement quand il sera devenu inattaquable par l'épuisement des voies de recours ou par l'expiration des délais impartis pour en user, que l'autorité de la chose jugée interdira la preuve de la fausseté du serment supplétoire, et c'est par ce seul motif que la partie qui a perdu le procès ne pourra plus, dès ce moment, se constituer partie civile dans l'instance criminelle en faux serment[7].

§ **890**. III. Le serment en plaids, qui rappelle le *juramen-*

[2] Chauveau-Adolphe et Faustin-Hélie, *op. cit.*, t. IV, n° 1654. Comp. *suprà*, § **844**.

[3] Voy., sur ce point, Bigot de Préameneu, *op. cit.* (Dans Locré, *op. cit.*, t. XII, p. 415), et, sur la faculté de référer le serment décisoire, *suprà*, § **880**.

[4] Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 713. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 362. Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur les art. 1367 et 1368, n° 23. Voy., au contraire, pour le serment décisoire, *suprà*, § **881**.

[5] Aubry et Rau, *op. et loc. cit.* Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur les art. 1367 et 1368, n° 19. Bonnier, *op. cit.*, n° 444. Civ. rej. 10 déc. 1823; Limoges, 23 mars 1825; Toulouse, 18 juill. 1827 (D. A. v° *Obligations*, n° 5284). Voy., au contraire, pour le serment décisoire, *suprà*, § **879**.

[6] Faure, *op. cit.* (Dans Locré, *op. cit.*, t. XXX, n° 490). Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 718. Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, n° 345 *bis*. Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur les art. 1367 et 1368, n° 22. Turin, 7 avr. 1812 (D. A. v° *cit.*, n° 5285). Crim. rej. 20 janv. 1843 (D. A. v° *cit.*, n° 4897). Voy., au contraire, pour le serment décisoire, *suprà*, § **879**.

[7] C. civ., art. 1368. Demolombe, *op. et loc. cit.* Aj. que ce serment n'est pas considéré comme prêté quand la partie à laquelle il a été déféré est décédée avant de l'avoir prêté (Chambéry, 21 mars 1879; D. A. v° *Obligations*, supp., n° 2216).

tum in litem du droit romain[1], est celui que le juge défère au demandeur sur la valeur de la chose demandée qu'il est impossible de fixer autrement[2]. Je n'ai plus rien à dire des formes dans lesquelles il est déféré et prêté, sinon qu'il ne peut l'être qu'en vertu d'un jugement[3]. J'ajouterai seulement : 1° que le tribunal est absolument libre d'y recourir, ou d'évaluer autrement la chose demandée[4]; 2° qu'il a plein pouvoir pour déclarer qu'il n'existe aucune autre preuve[5], et qu'il lui suffit de l'exprimer dans son jugement[6]; 3° qu'il peut rétracter la délation de ce serment, s'il découvre, après l'avoir ordonnée, des preuves suffisantes de la valeur de la chose demandée[7]; 4° que ce serment, supposé nécessaire par cela seul qu'il est ordonné, peut être déféré au demandeur incapable de s'obliger[8] ou à l'héritier sur le fait de son auteur[9]; 5° qu'il ne peut être référé par le demandeur, à qui seul la loi permet de le déférer[10]; 6° que le tribunal est lié par ce serment[11], mais qu'il doit, pour éviter tout abus, fixer un maximum au-dessus duquel le demandeur ne sera pas cru même sur son serment[12] : le droit français, à la différence du droit romain, n'admet jamais le *juramentum in litem sine taxatione*[13].

§ 890. [1] Dig., *De in litem jurando* (XII, III). Accarias, *Précis du droit romain*, t. II, n° 977.

[2] Bigot de Préameneu, *op. cit.* (Dans Locré, *op. cit.*, t. XII, p. 416).

[3] On appliquera à la rédaction, à la signification et à l'exécution de ce jugement tout ce que j'ai dit *suprà*; § **885**.

[4] Favard de Langlade, *op. et v° cit.*, sect. III, § II, n° 17. Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n°s 723 et suiv. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 365. Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1369, n° 3.

[5] Rouen, 13 germ. an X (D. A. v° *Responsabilité*, n° 538). Rouen, 2 fruct. an XIII (D. A. v° *Commissionnaire*, n° 356). Riom, 22 nov. 1820 (D. A. v° *Obligations*, n° 4779). Bruxelles, 29 déc. 1821 (D. A. *v° cit.*, n° 5348). Bruxelles, 23 mai 1831 (D. A. v° *Compétence commerciale*, n° 509). Req. 8 déc. 1832 (D. A. v° *Obligations*, n° 5303).

[6] Req. 8 déc. 1832 (D. A. *v° et loc. cit.*).

[7] Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 729. Comp., en droit romain, Dig., LL. 4, §§ 3 et 5, § 2, *De in lit. jur.* (XII, III).

[8] Civ. rej. 9 vend. an XIV (D. A. *v° cit.*, n° 5347).

[9] Voy., sur ce point, le même arrêt.

[10] Aubry et Rau, *op. et loc. cit.* Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1369, n° 11.

[11] Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*

[12] Voy., sur l'application de cette règle, req. 8 déc. 1832 (D. A. *v° cit.*, n° 5303); req. 27 févr. 1854 (D. P. 54. 1. 248).

[13] C. civ., art. 1366 et 1369. Voy., sur la *taxatio* dans le *juramentum in litem*, Accarias, *op. et loc. cit.*

ARTICLE IV

INTERRUPTION DE L'INSTANCE.

SOMMAIRE. — § **891**. Dans quels cas une instance est interrompue. — § **892**. Premier cas : le défendeur n'a pas encore constitué d'avoué. — § **893**. Second cas : le défendeur a constitué avoué, mais la cause n'est pas encore en état. Causes possibles d'interruption de l'instance. — § **894**. Suite. Comment elles opèrent. — § **895**. Suite. Reprise volontaire de l'instance. — § **896**. Suite. Reprise forcée, ou assignation en reprise d'instance ou en constitution d'un nouvel avoué. — § **897**. Troisième cas : la cause est en état.

§ 891. L'interruption de l'instance, qui se définit d'elle-même l'arrêt plus ou moins prolongé de son cours, peut tenir à trois causes[1].

1° Il se peut, d'abord, qu'ayant lié l'instance en constituant avoué[2], les parties la laissent sommeiller : le demandeur en ne la poursuivant pas[3], le défendeur en ne répondant pas à la demande[4], ou tous deux d'un commun accord en s'abstenant des actes nécessaires pour aboutir au jugement[5]. Dans le premier cas, le défendeur provoque, après trois ans ou trois ans et demi d'attente, la déchéance de son adversaire et l'extinction de l'instance : c'est la péremption dont il sera

§ **891**. [1] On dit quelquefois que l'instance est suspendue dans les deux premiers cas, et interrompue dans le troisième (Voy. notamment Bioche, *op. cit.*, v° *Reprise d'instance*, nos 1 et suiv.). D'autres auteurs emploient indifféremment, dans ces trois hypothèses, le mot *interruption* (Voy., par exemple, Greffier, *op. cit.*, p. 59 et suiv.), et je n'éprouve aucun scrupule à adopter cette terminologie qui ne présente pas d'inconvénient, du moment qu'il est entendu que la procédure tracée aux articles 344 et suivants s'applique uniquement au troisième cas. J'ajoute que, si l'on tient à distinguer la suspension de l'interruption de l'instance, cette antithèse n'aura, bien entendu, rien de commun avec celle qui existe entre la suspension et l'interruption de la prescription (C. civ., art. 2242 et suiv., 2251 et suiv.).

[2] On a vu t. II, §§ **652** et **672**, comment chaque partie constitue avoué, et on sait que cette formalité est nécessaire pour lier l'instance contradictoirement (Voy. t. II, § **672**).

[3] Le demandeur poursuit l'instance en faisant mettre l'affaire au rôle (Voy. t. II, § **673**), en répondant aux défenses (Voy. t. II, § **678**), en poursuivant l'audience (Voy. t. II, *ib.*), en y prenant des conclusions (Voy. t. II, § **681**), et en y plaidant sa cause par le ministère d'un avocat (Voy. t. II, § **687**).

[4] Le défendeur répond à la demande en signifiant ses défenses (Voy. t. II, § **678**), en se substituant au demandeur pour faire mettre l'affaire au rôle ou poursuivre l'audience (Voy. t. II, *ib.*), et en prenant des conclusions en réponse à celles du demandeur (Voy. t. II, § **681**).

[5] J'entends par-là les actes énumérés aux deux notes précédentes.

traité au tome VII de ce Traité. Dans le second cas, le demandeur poursuit ses avantages, et prend un jugement contradictoire ou par défaut selon que l'avoué du défendeur a posé ou non des conclusions : on verra au tome VI de ce Traité l'intérêt que présente cette distinction. Dans le troisième cas, l'affaire en souffrance est rayée du rôle qu'elle encombre inutilement : j'ai prévu cette hypothèse au § **681**.

2° Un incident se produit qui entrave le cours de l'instance et en retarde le jugement, soit qu'il tende précisément à ce but, comme une exception dilatoire[6]; soit qu'il y conduise indirectement, comme un déclinatoire, une récusation, une demande en règlement de juges ou en renvoi, l'administration d'une preuve, ou, plus généralement, un incident quelconque, car, à moins que le tribunal ne les joigne au fond, ils arrêtent tous, jusqu'à ce qu'ils soient jugés, la marche de l'instance principale[7]. J'ai donné aux §§ **728** et suivants l'explication de ces différents cas.

3° Une partie meurt, change d'état, quitte la fonction dans laquelle elle procédait, ou se trouve sans avoué par la mort, la démission ou la destitution de celui qu'elle avait constitué : c'est un incident ou, si l'on veut, un accident[8] *sui generis*. Le procès subsiste, et les effets de la demande continuent à se produire, notamment au point de vue de la prescription et des intérêts moratoires[9]; mais l'instance est interrompue, et fait l'objet d'une procédure spéciale. Trois cas doivent être distingués : 1) le défendeur n'a pas encore constitué avoué; 2) il a constitué avoué, mais l'affaire n'est pas encore en état; 3) l'affaire est en état[10].

[6] Voy., sur le caractère particulier des exceptions dilatoires, t. I, § **386**.

[7] Voy., sur ce point, t. II, § **728**.

[8] Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 176.

[9] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 50. Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 201. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 537. Voy., sur ces deux effets de la demande en justice, t. II, §§ **663** et **665**. Une autre conséquence de ce que l'instance n'est pas éteinte, c'est qu'on y peut former l'intervention dont il sera parlé aux §§ **928** et suivants (Req. 30 août 1825; D. A. v° *Intervention*, n° 53).

[10] Il faut nécessairement supposer que l'instance est déjà engagée et qu'elle n'est pas encore éteinte : la procédure spéciale dont il va être question ne s'applique pas au cas où les événements dont il s'agit surviennent : 1° au cours des formalités antérieures à l'exploit introductif d'instance (Req. 7 août 1821,

§ **892**. I. Je suppose, d'abord, que le demandeur a lancé l'assignation et, par conséquent, constitué avoué[1], mais que le défendeur n'a pas encore rempli cette formalité[2]. Divers événements peuvent alors se produire. 1° Une partie peut mourir[3] et l'instance lui survivre : c'est l'hypothèse la plus ordinaire, car nos droits et nos obligations passent généralement à nos héritiers[4]; c'est aussi celle que je suppose, renvoyant au tome VII de ce Traité l'explication des causes qui, en dehors du jugement, entraînent l'extinction de l'instance. 2° Un changement d'état peut survenir à l'une des parties : elle devient majeure; elle est frappée d'interdiction légale ou judiciaire, ou condamnée par contumace; un conseil judiciaire lui est donné; un tribunal de commerce la déclare en faillite; d'héritier bénéficiaire elle devient héritier pur et simple; elle cède ou aliène la créance ou l'objet litigieux; si c'est une femme, elle se marie, elle est séparée judiciairement de corps ou de biens, ou elle devient veuve[5]. 3° On peut supposer encore qu'une partie plaide par procureur dans un des cas énumérés aux §§ **308** et suivants, et qu'il y a lieu de remplacer son mandataire légal, judiciaire ou conventionnel dont les pouvoirs viennent à expirer : c'est, par exemple, un mineur ou un interdit qui change de tuteur, un département qui change de préfet, ou une commune qui change de maire[6].

D. A. v° *Reprise d'instance*, n° 46; voy., sur ces formalités, t. II, §§ **614** et suiv.); 2° après le prononcé du jugement et pendant les délais qu'on a pour l'attaquer (Paris, 12 janv. 1835, D. A. *v° cit.*, n° 47; Paris, 1er juin 1842, D. A. *v° cit.*, n° 48); 3° après qu'une transaction a mis fin à la contestation (Liège, 23 déc. 1816; D. A. v° *Transaction*, n° 173). Elle ne s'applique pas non plus aux procédures qui ne constituent pas une instance proprement dite engagée devant un tribunal : lors, par exemple, qu'en matière de partage les parties ont été renvoyées devant un notaire pour le règlement de leurs comptes respectifs et pour la composition des lots (Riom, 14 janv. 1842; D. A. v° *Successions*, n° 1825).

§ **892**. [1] L'exploit d'ajournement doit, à peine de nullité, contenir la constitution d'un avoué par le demandeur (Voy. t. II, § **652**).

[2] Dans quelle forme et dans quel délai doit-il le faire? Voy. t. II, § **672**.

[3] Avant la loi du 31 mai 1854, on assimilait ici la mort civile à la mort naturelle (*Observations du Tribunat*, dans Locré, *op. cit.*, t. I, p. 486).

[4] C. civ., art. 1122 (Voy. t. I, § **292**).

[5] Voy., sur ces hypothèses, Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 15, 25, 41, 44 et 46; Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1276; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*, et quest. **1286** *bis* et *ter;* Rennes, 1er juill. 1814 (D. A. v° *Reprise d'instance*, n° 29).

[6] Voy., par exemple, req. 3 juin 1818 (D. A. *v° cit.*, n° 29); req. 11 janv. 1830 (D. A. v° *Commune*, n° 1580); civ. rej. 17 août 1853 (D. P. 54. 1. 382).

Est-ce en la personne du défendeur que ces événements se produisent, ils n'influent pas sur la marche de l'instance : si lui-même ou ceux qui le représentent ne constituent pas avoué, le demandeur peut prendre jugement sans tenir compte de cette situation nouvelle, que rien ne lui révèle officiellement et qu'il est censé ignorer[7]. Ce n'est, bien entendu, qu'un jugement par défaut, comme on le verra au tome VI de ce Traité, et le demandeur n'en pourra poursuivre l'exécution, au cas de décès du défendeur, qu'après l'avoir signifié à ses héritiers personnellement[8].

Est-ce, au contraire, du côté du demandeur que ces changements surviennent, le défendeur peut compter que le procès sera abandonné par lui, par son nouveau représentant ou par ses héritiers, négliger, par suite, de constituer avoué, et être ainsi condamné par défaut au moment où il s'y attend le moins. Pour lui éviter cette surprise, l'article 345 prescrit de le réassigner à huitaine[9], et sans nouvelle tentative de conciliation[10], aux fins du premier ajournement, qui conserve, d'ailleurs, tout son effet au point de vue du cours des intérêts et de l'interruption de la prescription[11], : si l'affaire est prête à être jugée, le tribunal peut statuer immédiatement au fond[12]. L'article 345 vise uniquement le décès et le changement d'état du demandeur; mais je l'applique aussi, par identité de motifs, à la cessation des fonctions dans

[7] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 53. Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 201 et suiv.

[8] « Les titres exécutoires contre le défunt sont pareillement exécutoires contre « les héritiers personnellement ; et, néanmoins, les créanciers ne pourront en pour- « suivre l'exécution que huit jours après la signification de ces titres à la per- « sonne ou au domicile de l'héritier » (C. civ., art. 877; voy., sur cet article, le tome IV).

[9] Ce n'est pas encore l'assignation en reprise d'instance dont il sera question au § suivant, puisqu'une seule partie ayant constitué avoué, l'instance n'est pas liée contradictoirement (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 48; Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1284; Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 198). On en verra la conséquence à la note 12.

[10] Ce n'est même pas une demande incidente (Voy. la note précédente), et, eût-elle ce caractère, elle serait encore exempte de cette formalité (Voy. t. II, § 618).

[11] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 50. Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 201. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 537.

[12] L'article 349, qui suppose un jugement rendu pour déclarer reprise l'instance légalement interrompue (Voy. le § suivant), ne s'applique pas à cette hypothèse, et le tribunal peut statuer au fond dès que l'héritier du demandeur a réassigné le défendeur; il faut seulement pour cela que l'instance soit prête à être jugée, et le tribunal appréciera (Bastia, 16 janv. 1856, D. P. 56. 2. 58; comp. *suprà*, note 9).

lesquelles le demandeur agissait[13], et surtout au cas où sa constitution d'avoué se trouve non avenue par la mort, la démission ou la destitution de l'avoué qu'il avait choisi. D'une part, ce mandat prend fin, comme tout autre, par la mort du mandataire et par les changements qui le rendent incapable de remplir la mission qui lui a été confiée[14]; d'autre part, le défendeur ne saurait à qui signifier sa constitution d'avoué si le demandeur ne le réassignait en constituant lui-même un autre avoué : cette formalité est indispensable pour que l'instance puisse s'engager contradictoirement[15]. L'application de l'article 345 est requise à peine de nullité[16], mais seulement dans l'intérêt du défendeur qui peut passer outre et ne point exiger qu'on le réassigne[17].

§ **893**. II. Dès que le défendeur a constitué avoué, la situation n'est plus la même : il n'y a plus, pour l'instance, que deux causes possibles d'interruption, mais elles peuvent venir indifféremment de l'une ou de l'autre parties[1]. Leur

[13] Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1285. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 200. *Contrà*, Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*

[14] C. civ., art. 2003. On verra au § suivant que le mandat de l'avoué diffère sensiblement d'un mandat ordinaire, mais on y trouvera également la preuve qu'il prend fin par la mort de l'avoué, ou par l'impossibilité où celui-ci se trouve d'exercer désormais son ministère (Comp., sur ce mandat, t. I, § **220**).

[15] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 49. Bourbeau, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 484.

[16] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 50. Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1284 et 1285. Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 199 et 201. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit.*

[17] Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. et loc. cit.* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit. Contrà*, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 51; Carré, *op. et loc. cit.*

§ **893**. [1] La rédaction de l'article 342 est très défectueuse : « Le jugement « de l'affaire qui sera en état ne sera différé ni par le changement d'état des « parties, ni par la cessation des fonctions dans lesquelles elles procédaient, ni « par leur mort, ni par les décès, démissions, interdictions ou destitutions de « leurs avoués ». On croirait qu'il n'y a pas de différence entre ces quatre hypothèses, et que, de même qu'aucun de ces faits n'interrompt l'instance qui est en état, de même, *à contrario*, chacun d'eux interrompt l'instance qui n'est pas encore arrivée à ce point. La suite de ce § fera voir combien cette conclusion serait fausse, et montrera qu'il n'y a que deux cas où l'instance soit interrompue (Voy., sur ce point, Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1276; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 534). L'instance interrompue du chef d'une partie l'est-elle seulement quant à cette partie, ou l'est-elle aussi à l'égard des autres parties qui ont au procès le même rôle qu'elle? Voy., sur ce point, Liège, 16 nov. 1883 (D. P. 85. 2. 53).

changement d'état et la cessation des fonctions dans lesquelles elles procédaient sont désormais sans influence sur la marche du procès, car pourquoi serait-elle interrompue? Imagine-t-on qu'une femme qui se marie au cours d'une instance la laisse ignorer à son mari, et ne se décharge pas immédiatement sur lui du soin de la suivre; ou qu'un tuteur qui sort de fonctions ne mette pas sur-le-champ son successeur au courant des affaires pendantes et des procédures engagées[2]? La

[2] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 15, 25, 41, 44 et 46. Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1276 et 1283. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1283 *bis* et *ter*. Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 176 et suiv. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 537. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 483. Voy., en ce sens : 1° sur la partie qui devient majeure, req. 1er févr. 1876 (D. P. 76. 1. 323); 2° sur le cas où elle est judiciairement interdite ou pourvue d'un conseil judiciaire, Pau, 2 janv. 1849 (D. P. 49. 2. 128); Bourges, 30 juill. 1894 (D. P. 95. 2. 409); 3° sur la faillite déclarée au cours de l'instance. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VII, n° 222. Bordeaux, 29 févr. 1860 (D. P. 60. 5. 327), Paris, 18 mars 1875 (D. P. 78. 2. 49); 4° sur l'acceptation pure et simple d'une succession par un héritier jusque-là bénéficiaire, Aix, 2 juin 1808 (D. A. *v° cit.*, n° 30); 5° sur le mariage d'une femme partie au procès, Nîmes, 6 nov. 1826 (D. A. *v° cit.*, n° 25), Bordeaux, 31 juill. 1833 (D. A. *v° cit.*, n° 106), Orléans, 9 janv. 1849 (D. P. 49. 2. 107); 6° sur la cessation des fonctions dans lesquelles une partie procédait, Rennes, 1er juill. 1814, req. 3 juin 1818 (D. A. *v° cit.*, n° 29), req. 11 janv. 1830 (D. A. v° *Commune*, n° 1580), civ. rej. 17 août 1853 (D. P. 54. 1. 382); 7° sur le décès du liquidateur d'une société commerciale, c. sup. just. de Luxembourg, 18 nov. 1892 (D. P. 95. 2. 128). L'opinion contraire, à savoir que ces divers événements interrompraient légalement l'instance qui n'est pas encore en état (Demian-Crouzilhac, *Éléments du droit et de la pratique* (Paris, 1813), p. 256; Toulouse, 16 avr. 1818, D. A. v° *Minorité*, n° 754; Chambéry, 3 avr. 1867, D. P. 67. 5. 366; voy. aussi Paris, 31 janv. 1888, D. P. 89. 2. 200), n'a pu être soutenue que par suite d'une fausse interprétation de l'article 342 (Voy. la note précédente); elle est condamnée par l'article 345, qui dit expressément que « ni « le changement d'état des parties, ni la cessation des fonctions dans lesquelles « elles procédaient, n'empêcheront la continuation des procédures ». Suivant une opinion intermédiaire, mais également contraire à l'article 345 qui ne distingue pas, ces faits interrompraient l'instance dans le cas où ils auraient été notifiés (Req. 15 avr. 1818, Grenoble, 18 févr. 1817, civ. rej. 12 août 1823 et 10 juill. 1827, Toulouse, 26 févr. 1834; D. A. *v° cit.*, n° 24). Voy. la réfutation de cette opinion dans les motifs de deux arrêts des cours de Nîmes (6 nov. 1826; D. A. *v° cit.*, n° 25) et de Pau (2 janv. 1849; D. P. 49. 2. 128). Deux autres difficultés d'application se sont élevées sur l'article 345 : 1° l'instance n'est-elle pas interrompue par le décès de la partie qui agissait à la fois en son propre nom et comme représentant d'une autre partie? 2° n'en est-il pas de même, lorsqu'une section de commune est représentée par un membre de la commission syndicale nommé en exécution de la loi du 5 avril 1884 (Art. 128; voy. t. I, § **307**), et que ce membre vient à décéder au cours du procès? Ces deux questions doivent se résoudre affirmativement : la première, parce que l'instance est nécessairement interrompue par le décès d'un plaideur, quand même il joindrait à sa qualité de partie personnellement intéressée celle de représentant d'une autre partie; la seconde, parce qu'une section de commune n'existe juridiquement que par le syndic qui la représente, et meurt, pour ainsi dire, avec lui (Voy., en ce sens, sur le premier point, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 43; sur le second, Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, supp., quest.

loi réserve donc l'interruption de l'instance pour les deux seules circonstances où elle soit vraiment nécessaire : 1° le décès d'une partie ; 2° la cessation des fonctions de son avoué. C'est alors seulement qu'on s'exposerait, en laissant continuer la procédure, à condamner sans les entendre l'héritier encore ignorant des procès de la succession qui vient de leur échoir, ou la partie que la disparition de son avoué vient de laisser sans défenseur[3]. Ces dispositions ne doivent être étendues ni au cas de révocation de l'avoué, ni au cas où il renonce à son mandat ou refuse de l'exécuter. J'ai expliqué au § 672 l'article 75, qui déclare valables les procédures faites et les jugements obtenus contre la partie qui révoque son avoué sans le remplacer immédiatement[4], et j'en dis autant du cas où l'avoué décline son mandat, en supposant

1284 *bis*, civ. rej. 24 août 1853, D. P. 53. 1. 271). Enfin, il a été jugé — cela va de soi — qu'une pétition déposée devant les chambres, et non encore rapportée, n'interrompt ni ne suspend les instances, dont le sort pourrait dépendre de la réponse qui y sera faite (Req. 7 avr. 1894; D. P. 95. 1. 44).

[3] Cela fait une différence notable entre le mandat de l'avoué, et le mandat ordinaire qui finit par l'interdiction ou la déconfiture du mandant (C. civ., art. 2003), et, plus généralement, par tout changement qui, enlevant à ce dernier l'exercice de tout ou partie de ses droits, le rend incapable de donner mandat (Pothier, *Du mandat*, n° 111; Delvincourt, *op. cit.*, t. III, p. 476; Duranton, *op. cit.*, t. XVIII, n°s 285 et 286; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 654). Bourbeau explique ainsi cette différence : on présume, dans le mandat volontaire, que le mandant qui a changé d'état a désormais l'intention de faire ses affaires lui-même; on présume, dans un mandat forcé comme celui de l'avoué, que, ne pouvant agir lui-même, le mandant qui a changé d'état continue cependant sa confiance à son mandataire. S'il n'en est plus de même en cas de mort du mandant, et si cet événement met nécessairement fin au mandat de l'avoué, c'est que les héritiers du mandant, qui ignorent peut-être l'existence du procès, ne peuvent être présumés continuer le mandat que l'avoué a reçu de leur auteur (*Op. et loc. cit.*). L'article 345 constitue, d'ailleurs, une innovation considérable: les instances qui ne se trouvaient pas en état étaient autrefois interrompues par le changement d'état des parties, et par la cessation des fonctions en vertu desquelles elles agissaient (Jousse, *op. cit.*, t. II, p. 450: Rodière, *op. cit.*, p. 415). La commission de 1866 proposait de rétablir, sur ce point, l'ancienne règle avec ce tempérament, que, si la partie qui notifiait le décès de son auteur, son propre changement d'état, ou la cessation des fonctions de son représentant, constituait avoué par le même acte, et qu'elle fût, d'ailleurs, capable d'ester en justice, l'instance serait reprise de plein droit (Greffier, *op. cit.*, p. 60). Voy., dans le même sens (P. 70), le projet de 1894, qui supprime, par contre, l'interruption de l'instance par la cessation des fonctions de l'avoué, le successeur de ce dernier étant de plein droit chargé de l'affaire, sauf au président à nommer, s'il y a lieu, un administrateur provisoire de l'étude (P. 69).

[4] Voy. encore, sur cette hypothèse, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 104; Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1280 *ter*; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 356; Grenoble, 25 août 1832 (D. A. v° *Avoué*, n° 168).

qu'il ait le droit de le faire[5] : si l'interruption de la procédure devait s'ensuivre, on pourrait craindre une collusion concertée entre son client et lui, pour arrêter la marche de l'instance et retarder un jugement qu'ils ont lieu de redouter[6].

§ **894**. On peut n'être pas instruit de la mort d'une partie, mais personne n'ignore au Palais la cessation des fonctions d'un avoué : aussi interrompt-elle l'instance dès qu'elle s'est produite, au lieu que le décès d'une partie ne l'interrompt que du jour où il est notifié à son adversaire[1]. On n'est pas tenu de lui signifier l'acte de décès, car il faudrait, d'abord, obtenir un extrait des registres de l'état civil, et, en présence de poursuites qu'il peut être urgent d'arrêter, ce retard causerait un mal irréparable ; mais les prétendus héritiers, qui auraient prétexté la mort de leur auteur pour obtenir l'interruption de l'instance, encourront des dommages-intérêts, si, mis en demeure de prouver cet événement, ils se sont trouvés hors d'état de le faire[2]. L'instance interrompue en droit ne

[5] Voy., sur ce point, t. I, § **218**.

[6] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 103. Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1278. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*, et quest. 1280 *ter*. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Je rappelle que, si l'avoué qui poursuit l'audience ne comparaît pas au jour indiqué pour prendre les conclusions, l'affaire est retirée du rôle, et l'avoué responsable, s'il y a lieu, de tous dommages-intérêts envers sa partie (D. 30 mars 1808, art. 28; voy. t. II, § **681**).

§ **894**. [1] Voy., sur l'application de cette règle, req. 14 août 1810 (D. A. v° *Reprise d'instance*, n° 38); Montpellier, 17 janv. 1831 (D. A. v° *Avoué*, n° 203); Lyon, 14 mars 1835 (D. A. v° *Reprise d'instance*, n° 37); req. 22 avr. 1837 (D. A. v° *Minorité*, n° 824); Paris, 19 avr. 1839 (D. A. v° *Vente publique d'immeubles*, n° 283); Paris, 19 févr. 1873 (D. A. v° *Jugement*, supp., n° 13); req. 18 avr. 1877 (D. P. 77. 1. 293). Les procédures faites et les jugements obtenus après le décès de la partie, mais avant sa notification, sont valables (Besançon, 30 déc. 1896; D. P. 97. 2. 289), sans qu'il y ait lieu de distinguer suivant que les procédures ont été faites et les jugements obtenus par l'avoué de la partie adverse, ou par celui du défunt; ceux-ci sont également valables, par application de l'article 2008 du Code civil : « Si le mandataire ignore la mort du mandant « ou l'une des causes qui font cesser le mandat, ce qu'il fait dans cette ignorance « est valable ». Si cependant, connaissant le décès de son client, l'avoué continuait à procéder, il encourrait des dommages-intérêts (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 21, 29 et 31 ; comp., sur ce point, dans l'ancien droit, Rodier, *op. cit.*, p. 418).

[2] Il est, d'ailleurs, à remarquer que le projet de l'article 341, qui correspond à l'article 345, disait : « Toutes procédures faites postérieurement à la significa- « tion de l'acte de décès seront nulles », et que cette première rédaction a été remplacée par celle-ci : « Toutes procédures faites postérieurement à la notifi- « cation de la mort de l'une des parties... » (Locré, *op. cit.*, t. XXI, p. 235 ; voy., en ce sens, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 32, Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1280 *bis*, Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*, Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 480). L'arrêt de

doit plus continuer en fait : désormais, les poursuites faites et les jugements pris sont nuls[3]. Aucun doute pour les poursuites, et, quant aux jugements, c'est par une erreur de rédaction que l'article 344 ne les déclare nuls qu'au cas de cessation des fonctions d'un avoué : ils ne le sont pas moins après le décès d'une partie[4]. D'ailleurs, il va sans dire qu'il ne s'agit ici, ni d'une nullité d'ordre public que le ministère public puisse requérir et le tribunal prononcer d'office[5], ni même d'une nullité absolue que puissent demander indifféremment les deux parties[6], mais uniquement d'une nullité relative, que peuvent seuls opposer la partie ou les héritiers de la partie, contre qui l'on a continué de procéder alors que l'instance était interrompue de son

la chambre des requêtes, du 25 juillet 1827, qui a décidé que la déclaration du décès d'une partie par acte d'avoué à avoué n'équivaut pas à la notification de cet événement (D. A. v° *Reprise d'instance*, n° 40), doit être entendu en ce sens que cette notification ne tient pas lieu de la preuve du décès que l'adversaire a toujours le droit d'exiger.

[3] Mais non pas la mise au rôle (Montpellier, 18 mars 1841, D. A. v° *Péremption*, n° 193; comp., sur cette formalité, t. II, § 673). L'article 360 du Code civil fait aussi exception à l'article 345 : « Si l'adoptant venait à mourir « après que l'acte constatant la volonté de faire le contrat d'adoption a été reçu « par le juge de paix et porté devant les tribunaux, et avant que ceux-ci eûssent « définitivement prononcé, l'instruction sera continuée et l'adoption admise, « s'il y a lieu; les héritiers de l'adoptant peuvent, s'ils croient l'adoption inad- « missible, remettre au procureur de la République tous mémoires et observations « à ce sujet » (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 33; Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1281 ; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*).

[4] Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 481.

[5] Il s'agit encore moins d'une nullité de plein droit; il faut qu'elle soit demandée, mais comment? La nullité des actes de procédure faits au mépris de l'interruption de l'instance se demande par voie d'incident devant le tribunal même qui est saisi de la contestation; la nullité des jugements entachés de la même irrégularité ne se demande ni par une action en nullité (Voy., sur ce point, Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 194; et, sur la règle « Voies de nullité n'ont « lieu contre les jugements », le tome V), ni par une demande en rapport de jugement introduite devant le tribunal qui l'a rendu. Cette espèce d'opposition, dont usait en pareil cas l'ancienne jurisprudence (Rodier, *op. cit.*, p. 416), est aujourd'hui sans exemple et même sans analogue : elle ne pourrait ressembler qu'à la tierce opposition; or cette dernière voie n'est ouverte qu'aux tiers, comme son nom l'indique, et une partie n'est jamais admise à la former Voy. cep. Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1282). On se bornera donc à introduire contre le jugement une procédure de recours ordinaire ou extraordinaire, et à faire valoir, à l'appui, la nullité dont il s'agit (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 35; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1282 et 1313 *bis;* Bourbeau, *op. cit.*, t. V. p. 195 et suiv.; Rodière, *op. et loc. cit.*).

[6] Voy. la réfutation de cette opinion dans Bioche, *op. et v° cit.*, n° 34; Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1280; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 193; Rodière, *op. et loc. cit.*

chef[7]. L'instance reste ainsi en suspens jusqu'à ce qu'elle soit l'objet d'une reprise volontaire ou forcée.

§ **895**. A. Peuvent la reprendre spontanément sur son dernier errement[1], et au moyen d'un acte d'avoué à avoué[2], la partie du chef de laquelle elle est interrompue[3], si l'interruption vient de la cessation des fonctions de son avoué[4]; ses successeurs, si l'interruption résulte de son décès. J'entends ici par successeurs : 1° les successeurs universels (héritiers[5], légataires et donataires universels et à titre universel saisis ou ayant obtenu la délivrance[6]), qui trouvent dans son patrimoine le droit de poursuivre les actions par lui intentées; 2° les successeurs particuliers (acheteurs, cessionnaires, donataires ou légataires), qui recueillent avec le droit litigieux celui de continuer les instances engagées à son sujet. Pothier le leur refusait, ne leur laissant que celui d'intervenir dans ces instances quand les héritiers les auraient reprises[7]; mais on doit rejeter sans hésiter cette opinion, visiblement inspirée par les principes très anciens qui faisaient reposer sur la tête des seuls héritiers tous les

[7] Art. 344. Voy., en ce sens, les mêmes auteurs; aj. Bruxelles, 29 mai 1833 (D. A. v° *Désaveu*, n° 33), Metz, 6 juin 1866 (D. P. 66. 2. 133), req. 18 avr. 1877 (D. P. 77. 1. 293), Liège, 16 nov. 1883 (D. P. 85. 2. 53), civ. rej. 18 juin 1895 (D. P. 95. 1. 471).

§ **895**. [1] Req. 19 janv. 1813 (D. A. v° *Reprise d'instance*, n° 102). Riom, 22 déc. 1814 (D. A. v° *cit.*, n° 101).

[2] Art. 347. Cet article, bien que placé au milieu des dispositions relatives à la reprise forcée (Voy. le § précédent), s'applique également à la reprise volontaire (Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1287; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Boitard et Colmet-Daage, *op. cit.*, t. I, n° 538).

[3] Ou ses créanciers agissant de son chef en vertu de l'article 1166 du Code civil (Voy. *infrà*, même §).

[4] Et que le droit litigieux lui appartienne encore. Le demandeur en revendication, qui a aliéné l'objet litigieux *pendente lite*, ne peut reprendre l'instance, ni de son propre chef n'étant plus propriétaire, ni au nom de l'acheteur à cause de la règle « Nul n'agit par procureur » (Poitiers, 8 juill. 1878; D. P. 79. 2. 36). Il lui reste le droit d'intervenir dans la nouvelle instance que l'acheteur ne manquera pas d'introduire (Voy. *infrà*, § **932**).

[5] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 57 et 58. Req. 8 juin 1847 (D. P. 48. 1. 77).

[6] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 59 et 62. Dans la même catégorie rentrent la femme commune séparée de biens et ses héritiers qui peuvent reprendre, malgré l'existence du mari, l'instance par lui introduite avant la dissolution de la communauté, pourvu, toutefois, qu'ils aient accepté cette communauté et manifesté la volonté de prendre part à cette instance (Bruxelles, 19 août 1814, D. A. v° *Péremption*, n° 352; req. 30 janv. 1843, D. A. v° *Contrat de mariage*, n° 1141).

[7] *De la procédure civile*, n° 238.

droits et toutes les actions du défunt[8]. Aujourd'hui que les successeurs, même particuliers, héritent des droits et actions afférents à l'objet qui leur appartient[9], il n'y a pas de raison pour les empêcher de reprendre les actions qui s'y rapportent : ils le peuvent comme défendeurs, car ils ont succédé à la possession du défunt, et les actions interrompues par la mort de leur auteur peuvent et doivent se continuer contre eux[10]; ils le peuvent comme demandeurs, en vertu de l'article 1122 du Code civil qui investit non-seulement les successeurs universels de l'ensemble des droits et actions du défunt, mais encore les successeurs particuliers « de tous les droits et actions que leur auteur avait acquis « dans l'intérêt direct de la chose corporelle ou incorporelle à « laquelle ils ont succédé, c'est-à-dire des droits et actions qui « se sont identifiés avec cette chose comme qualités actives, « et qui en sont devenus des accessoires »[11]. Outre ces per-

[8] C'est en vertu de ce principe : 1° que les actions héréditaires ne pouvaient être intentées que par ou contre l'héritier fiduciaire, lors même qu'il était grevé d'un fidéicommis et qu'il l'avait restitué (Gaius, *Comm.* II, § 251); 2° que l'héritier conservait, après avoir rendu l'hérédité, les actions du défunt contre ses débiteurs, de même que les créanciers héréditaires ne pouvaient les intenter que contre lui (Gaius, *Comm.* II, § 252); 3° que le légataire d'une créance ne pouvait poursuivre le débiteur que comme *procurator in rem suam* de l'héritier (Inst. Just., liv. II, tit. xx, § 21). On sait que ce principe ne tarda pas à subir des échecs répétés : 1° dès le règne de Néron, le sénatus-consulte Trébellien décida « *ut, si cui hereditas ex fideicommissi causâ restituta sit, actiones quæ* « *jure civili heredi et in heredem competerent, ei et in eum darentur cui ex* « *fideicommisso restituta esset hereditas* » (Gaius, *Comm.* II, § 253); 2° l'acheteur d'une hérédité put, à partir d'Alexandre-Sévère, intenter des actions utiles contre les débiteurs de cette hérédité (Cod. Just., L. 5, *De her. vel act. vend.*, IV, xxxix); 3° le légataire de créance eut aussi, depuis Dioclétien, une action utile contre le débiteur de la créance léguée (Cod. Just., L. 18, *De leg.*, VI. xxxvii). J'ajoute que l'ancienne règle ne s'appliqua jamais au légataire *per vindicationem* qui, devenant de plein droit propriétaire de la chose léguée, eut certainement le droit de la revendiquer de son propre chef, sans avoir besoin de demander à l'héritier la cession de l'action en revendication qui avait appartenu au défunt (Voy., sur ce legs, Gaius, *Comm.* II, §§ 193 et suiv.).

[9] Aubry et Rau, *op. cit.*, 5e éd., t. II, p. 97; 4e éd., t. IV, p. 327.

[10] Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 222.

[11] Aubry et Rau, *op. cit.*, 5e éd., t. II, p. 97. Voy., en ce sens, Bioche, *op. et v° cit.*, n°60; Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 219 et suiv.; et, en sens contraire, Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 485. C'est surtout pour le légataire particulier que la question est controversée. Chauveau, qui admet en principe les successeurs particuliers à reprendre l'instance, fait exception pour le légataire particulier : 1° parce qu'il ne succède pas aux actions relatives à la chose léguée; 2° parce que l'héritier devra, dans son propre intérêt, lui refuser la délivrance d'un legs qui porterait sur un objet dont la propriété est contestée (Sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1288 *bis*). Je crois avoir démontré que tous les successeurs particuliers recueillent les actions afférentes à l'objet qui leur est transmis, et je ne vois pas quel in-

sonnes qui reprennent de leur propre chef l'instance interrompue par la mort de leur auteur, leurs créanciers peuvent la reprendre, en vertu de l'article **1166** du Code civil, à moins qu'elle ne roule sur des droits exclusivement personnels[12]. Bien plus, lorsqu'une action appartient concurremment à plusieurs personnes, et que l'une d'elles est morte après l'avoir intentée, les autres ayants-droit peuvent, dans une vue d'économie, reprendre l'instance au lieu d'en introduire une autre sur nouveaux frais : les articles **702** et **721** appliquent cette règle à la saisie immobilière, en autorisant les créanciers à se faire subroger aux poursuites commencées puis abandonnées par l'un d'eux[13], et c'est dans le même esprit que la cour de Caen a déclaré recevable, le **31** juillet **1878**, la reprise par un parent d'une demande en interdiction judiciaire formée par un autre parent mort au cours de l'instance[14]. Quel que soit, d'ailleurs, celui qui reprend l'instance[15], il doit le faire avant qu'elle soit éteinte par l'une des causes qui seront expliquées au tome VII de ce Traité : on ne continue que ce qui existe; on ne reprend donc pas une procédure prescrite, périmée ou éteinte par le désistement[16],

térêt l'héritier aurait à refuser la délivrance d'un legs au légataire envers lequel il n'est pas tenu à garantie (Voy., sur ce point, *infrà*, § **940**).

[12] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 64. Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 226 et suiv. S'ils veulent que le jugement à intervenir soit commun avec leur débiteur, ils auront soin de le mettre en cause (Voy. *infrà*, § **940**; comp., sur l'article 1166 du Code civil et sur les droits exclusivement attachés à la personne, t. I, §§ **310** et **311**).

[13] Voy. le tome IV de ce Traité.

[14] D. P. 79. 2. 269.

[15] Le droit de reprendre l'instance est divisible, en principe, comme tous les autres droits : il n'en serait autrement que si l'objet litigieux était lui-même indivisible (Voy., sur l'indivisibilité en général, C. civ., art. 1217 et suiv.; et, sur celle de la reprise d'instance, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 70, Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1286 *quater*, Bordeaux, 13 mars 1833, civ. rej. 26 août 1839, D. A. *v° cit.*, n° 70. Bordeaux, 27 juill. 1854, D. P. 55. 2. 187, Metz, 6 juin 1866, D. P. 66. 2. 133, req. 7 juin 1882, D. P. 82. 1. 441; voy., en sens contraire, c'est-à-dire en faveur de l'indivisibilité absolue de la reprise d'instance, civ. rej. 11 juill. 1826, D. A. v° *Lois*, n° 343, civ. rej. 16 mai 1831, D. A. v° *Reprise d'instance*, n° 72).

[16] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 55. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1286 *quinquies*. Le délai de la péremption s'augmente de six mois lorsqu'il y a matière à reprise d'instance, et, comme elle n'a jamais lieu de plein droit, le demandeur du chef de qui l'instance est interrompue peut la reprendre tant que la péremption n'a pas été demandée. Si l'instance est interrompue du chef du défendeur, il peut la reprendre, au lieu de demander la péremption qui se trouve ainsi couverte (Voy., sur le délai de la péremption, sur la façon dont elle opère, et sur les actes qui la couvrent, le tome VII).

et la reprise d'une instance éteinte par la mort d'une partie n'est valable que s'il reste à juger une question accessoire, par exemple, à statuer sur les dépens[17]. La conclusion naturelle de ce qui précède, c'est que le droit de reprendre l'instance peut être contesté dans deux cas : 1° si la partie qui veut le faire n'a pas qualité à cet effet; 2° si l'instance est assez complètement éteinte pour ne laisser après elle aucune question qui réclame un jugement[18].

§ **896**. B. Ni la partie dont l'avoué a cessé d'occuper, ni les successeurs de la partie décédée ne peuvent laisser en suspens la procédure interrompue et les droits de la partie adverse : s'ils ne reprennent pas spontanément l'instance, l'autre partie peut les assigner, à cet effet, devant le tribunal où l'affaire est pendante, et, s'il est composé de plusieurs chambres, devant celle qui a commencé à en connaître[1]. La reprise sera donc forcée si elle n'est pas volontaire.

Cette procédure prend le nom de demande ou d'assignation en reprise d'instance ou en constitution de nouvel avoué[2] : en reprise d'instance, quand l'interruption vient du décès de la partie; en constitution de nouvel avoué, c'est-à-dire en reprise d'instance par constitution de nouvel avoué, quand l'instance a été interrompue par la cessation des fonctions d'un avoué[3]. Peuvent être assignés en reprise tous ceux qui auraient

[17] Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 234. Civ. rej. 1er juin 1808 (D. A. *v° cit.*, n° 19). Req. 5 févr. 1851 (D. P. 51. 1. 49). La jurisprudence est fixée en ce sens, que les héritiers ne peuvent reprendre l'instance en séparation de corps, après le décès de l'époux demandeur, pour faire prononcer à leur profit la révocation des avantages matrimoniaux consentis à l'époux défendeur (Dalloz et Vergé, *op. cit.*, art. 306, n°s 104 et suiv.).

[18] Carré, *op. cit.*, t. III, n° CCXCI. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1289 *bis*. Bourbeau, *op. et loc. cit.* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I. n° 538. Rodière, t. I, *op. cit.*, p. 482.

§ **896**. [1] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 84. Metz, 3 déc. 1819 (D. A. *v° cit.*, n° 82). Lyon, 22 juill. 1833 (D. A. *v° cit.*, n° 83). Civ. cass. 12 déc. 1860 (D. P. 61. 1. 13).

[2] Voy. la rubrique du titre XVII du livre II : *Des reprises d'instance et constitution de nouvel avoué;* et l'article 346 : « L'assignation en reprise ou en « constitution sera donnée... ».

[3] On n'appelait autrefois reprise d'instance que le cas où l'instance était interrompue par le décès de la partie (Pothier, *op. et loc. cit.*). Cette expression convient aujourd'hui à tous les cas d'interruption de l'instance (Bourbeau, *op. cit.*, t. IV, p. 218).

pu reprendre volontairement l'instance[4], excepté cependant les créanciers de la partie qui n'a plus d'avoué, car, s'ils ont le droit de reprendre l'instance en vertu de l'article 1166 du Code civil, c'est pour eux une pure faculté, et ils ne peuvent être contraints d'en user[5]. Cette demande[6] est incidente[7] et dispensée, comme telle, du préliminaire de conciliation[8] et des formes ordinaires de l'exploit d'ajournement[9]. Elle est formée

[4] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 68 et 69. On ne peut assigner un tiers en reprise d'instance : ainsi une action en partage formée par un héritier contre son cohéritier ne peut être reprise, après le décès de celui-ci, contre un tiers détenteur des biens de la succession (Civ. cass. 12 déc. 1860; D. P. 61. 1. 13). Quand l'instance est interrompue en même temps du chef de plusieurs parties, doit-on nécessairement les assigner toutes en reprise d'instance, ou bien cette demande est-elle divisible? Voy., sur ce point, les autorités citées au § précédent, note 15.

[5] Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 231. Comp., sur cette hypothèse, le § précédent; et, sur l'article 1166 du Code civil, t. I, § **310**.

[6] Une assignation est indispensable : il ne suffirait pas, pour mettre la partie dont l'avoué a cessé d'occuper en demeure de reprendre l'instance, de sommer le successeur de cet avoué de déclarer s'il a pouvoir d'occuper au lieu et place de son prédécesseur (Paris, 25 mars 1835, D. A. *v° cit.*, n° 51; Riom, 14 janv. 1842, D. A. v° *Successions*, n° 1825).

[7] Et la continuation de la demande originaire. Il en résulte : 1° que le demandeur n'est pas tenu d'y appeler des personnes qui n'étaient pas encore en cause (Civ. rej. 24 brum. an IX, D. A. v° *Reprise d'instance*, n° 74; Liège, 5 déc. 1811, D. A. v° *Tierce opposition*, n° 149); 2° que la partie dûment habilitée au début du procès n'a pas besoin d'une nouvelle autorisation pour assigner en reprise d'instance (Duranton, *op. cit.*, t. III, n° 583; Demolombe, *op. cit.*, t. VII, n° 712; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, p. 720; Metz, 26 prair. an XIII, D. A. v° *Minorité*, n° 525). Le bureau d'assistance judiciaire près la cour de Bordeaux a cependant jugé que l'assistance, accordée à un commerçant failli, ne profite pas au syndic de sa faillite qui reprend l'instance en son lieu et place (1er déc. 1881; D. P. 82. 3. 72).

[8] L'article 342 du projet de Code de procédure disait expressément qu' « il ne « sera pas besoin de citer en conciliation pour assigner en reprise d'instance et « constitution de nouvel avoué. » La section de législation du Tribunat demanda que cet article fût supprimé comme inutile, et, quoiqu'elle eût plus tard retiré son observation, le conseil d'État ne laissa pas d'y faire droit (Locré, *op. cit.*, t. XXI, p. 235 et 487). Elle était certainement fondée, et le préliminaire de conciliation est inutile ici comme dans tous les cas où la demande est incidente (Voy. Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 232, et, sur cette dispense du préliminaire de conciliation, t. II, § **618**).

[9] L'article 347 se contente de l' « indication du nom des avoués qui occupaient « et du rapporteur, s'il y en a ». On n'exigera donc (Voy. cep. *infrà*, note 12) ni la reproduction du libellé de l'exploit introductif d'instance, ni, *à fortiori*, un nouveau libellé (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 81; Bordeaux, 25 août 1835, D. A. v° *Exploit*, n° 518; civ. cass. 17 mai 1848, D. P. 48. 1. 127; Paris, 13 janv. 1883, D. P. 83. 2. 98), ni la copie du dernier acte de procédure et des autres pièces du procès (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 79; Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1286; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*), ni la signification des jugements déjà rendus dans la même affaire (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 80; Bruxelles, 10 janv. 1832, D. A. v° *Jugement*, n° 485; Bordeaux, 7 janv. 1840, D. A. v° *Reprise d'instance*,

à huitaine ou à bref délai suivant ordonnance du président[10]; elle est signifiée au domicile indiqué dans le dernier acte de procédure, à moins que le demandeur n'ait été officiellement informé d'un changement de domicile[11]; elle énonce, pour toute indication, son objet[12], les noms des avoués qui occupaient dans la première partie de l'instance[13], et celui du rapporteur s'il y en a un[14]; il n'y a même que l'énoncé de son objet qui soit requis à peine de nullité[15].

Cette assignation donnée, cinq hypothèses peuvent se présenter, car la partie assignée à cette fin a le choix entre trois déterminations — 1° reprendre l'instance; 2° contester la demande en reprise, soit pour vice de forme, soit pour l'une des causes indiquées à la fin du dernier §[16]; 3° faire défaut — et, quand les héritiers sont assignés en reprise de l'instance interrompue par la mort de leur auteur, ils peuvent prendre deux autres partis : 1° exciper du délai auquel ils ont droit pour faire inventaire ou délibérer; 2° déclarer qu'ils renoncent à la succession. Dans le premier cas, l'instance est reprise par un acte d'avoué à avoué[17] précédé, s'il y a lieu, de

n° 77). Dans l'affaire jugée par la cour de Pau le 7 décembre 1891 (D. P. 92. 2. 587), la prétendue demande en reprise d'instance était, au fond, une véritable intervention qui aurait dû être formée par exploit d'ajournement (Voy., sur la forme de l'intervention, *infrà*, § **929**).

[10] « Aux délais fixés au titre *Des ajournements* » dit l'article 346 (Voy., sur ces délais, t. II, § **672**).

[11] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 83. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1286 *bis*.

[12] J'ajoute ici à l'article 346, mais il est évident que l'assignation en reprise d'instance ne peut, pas plus qu'une autre, se passer de quelques indications essentielles : encore faut-il que celui qui la reçoit puisse, en la lisant, comprendre ce qu'on lui veut.

[13] En supposant, bien entendu, quant au défendeur, qu'il a constitué un avoué (Bordeaux, 7 janv. 1840; D. A. *v° et loc. cit.*). Quant au demandeur, il en a forcément un, car il a dû le constituer par l'exploit introductif d'instance (Voy. t. II, § **652**), et, s'il l'avait révoqué ou que cet avoué eût cessé d'occuper, l'assignation en reprise d'instance en constituerait nécessairement un nouveau (Voy. *suprà*, § **892**).

[14] Voy., sur la nomination d'un rapporteur, t. II, § **689**.

[15] Art. 346. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 78. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 481. Comp. *suprà*, note 12.

[16] Si la demande en reprise d'instance était formée contre une partie dont l'avoué a cessé ses fonctions, cette demande ne serait pas contestable, car le défendeur ne pourrait la contredire qu'en constituant un nouvel avoué, et, du même coup, il aurait repris l'instance (Carré, *op. cit.*, t. III, § CCXCI; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1289 *bis*).

[17] C'est ce que suppose l'article 347 (Comp. le § précédent, note 2).

la constitution d'un nouvel avoué[18], ou, plus simplement et sans déclaration formelle, quand les deux parties ont procédé volontairement depuis l'assignation[19]; la reprise se fait sans autre acte de procédure; un jugement rendu pour la constater serait frustratoire, et ne passerait pas en taxe[20]. Dans le second cas, la partie assignée soulève un incident qui est jugé sommairement[21]. Dans le troisième, un jugement par défaut déclare l'instance reprise[22], il est signifié par huissier commis[23], et le défaillant peut l'attaquer par opposition ainsi qu'il sera dit au tome VI[24]; mais, s'il continue

[18] Voy., sur ce point, Bruxelles, 21 sept. 1831 (D. A. v° *Avoué*, n° 154); Colmar, 23 janv. 1833 (D. A. v° *Reprise d'instance*, n° 85).

[19] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 86. Bordeaux, 23 janv. 1834 (D. A. *v° cit.*, n° 89). Civ. rej. 21 août 1834 (D. A. *v° cit.*, n° 73). Req. 18 févr. 1880 (D. P. 80. 1. 351).

[20] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 85. Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1287. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*

[21] Voy., sur la procédure sommaire, *infrà*, §§ **959** et suiv. Faut-il absolument, comme le dit Bioche (*Op. et v° cit.*, n° 88), signifier d'abord le jugement qui déclare l'instance reprise, puis statuer sur le fond par un second jugement? Ou bien peut-on, par le même jugement, déclarer l'instance reprise et prononcer sur le fond? L'article 349 ne prescrit pas formellement de rendre deux jugements séparés, et je ne vois pas d'inconvénient à les réunir en un seul. D'abord, c'est le droit commun que le tribunal puisse joindre les incidents au fond, et statuer sur le tout par un seul jugement : il a fallu une disposition spéciale pour soustraire les exceptions déclinatoires à l'application de cette règle (Voy. t. II, § **746**). Ensuite, la jonction de l'incident et du fond ne présente, dans l'espèce, aucun danger pour la partie contre laquelle l'instance a été déclarée reprise : ou son avoué a eu la prudence de déposer des conclusions sur le fond, ou bien il n'a pas pris cette précaution; dans un cas, la partie n'a rien à craindre du jugement; dans l'autre, elle est jugée par défaut et peut former opposition (Voy. le tome VI).

[22] Il ordonne de procéder suivant les derniers errements (Art. 349; voy., sur l'application de cette règle, req. 19 janv. 1813, D. A. *v° cit.*, n° 102, Riom, 22 déc. 1814, D. A. *v° cit.*, n° 101). « Sans qu'il puisse y avoir d'autres délais que « ceux qui restaient à courir » ajoute l'article 349, c'est-à-dire que, si un délai avait été accordé pour accomplir quelque formalité ou pour satisfaire à quelque obligation, la reprise d'instance n'aurait d'autre effet que de faire courir ce qui restait de ce délai au moment où l'instance a été interrompue. Si le tribunal, au lieu de déclarer l'instance reprise, statuait immédiatement au fond, ce jugement serait nul (Civ. cass. 11 juill. 1892; D. P. 92. 1. 461; S. 92. 1. 400). Le projet de 1894 supprime ce jugement : l'instance est reprise de plein droit par la notification de l'événement qui l'a interrompue, ou dans le délai normal de la nouvelle assignation (*Loc. cit.*).

[23] C'est l'application de la règle générale en matière de jugements par défaut contre partie (Voy. le tome VI, et, sur ce mode de signification, t. I, § **225**). « Si l'affaire est en rapport, ajoute l'article 350, la signification énoncera le « nom du rapporteur ». *Affaire en rapport* veut dire ici *affaire instruite par écrit* (Voy., sur cette forme d'instruction, *infrà*, §§ **979** et suiv.).

[24] « L'opposition sera portée à l'audience, même dans les affaires en rapport » (Art. 351); c'est-à-dire que, dans le cas même où l'affaire s'instruirait par écrit, cet incident se débattrait oralement (Voy., sur l'instruction par écrit, *infrà*, §§ **979** et suiv.).

à faire défaut, il sera statué sur le fond[25] par un second jugement rendu par défaut comme le premier, et attaquable comme lui quoiqu'on l'ait contesté, car il est impossible d'attribuer les effets d'une décision contradictoire au jugement rendu contre une partie qui — on doit le présumer — s'est trouvée dans l'impossibilité de se défendre[26]. Dans le quatrième cas, les héritiers ne sont tenus de reprendre l'instance qu'à l'expiration du délai qu'ils invoquent, et c'est alors seulement que, faute par eux de la reprendre, interviennent les jugements par défaut dont il vient d'être parlé[27]. Dans le cinquième cas, les héritiers appuient leur affirmation d'un certificat du greffier du tribunal de première instance du lieu où la succession s'est ouverte, qui atteste qu'ils ont renoncé à la succession par acte fait à son greffe ; si nul autre héritier ne se présente, le demandeur fait pourvoir la succession vacante d'un curateur qu'il assigne en reprise d'instance, et avec qui le procès se poursuivra désormais[28].

[25] Sans nouvel ajournement (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 94 ; Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 235). Cette manière de procéder doit-elle être observée à peine de nullité ? Ou bien le tribunal pourra-t-il joindre l'incident au fond, et, par le même jugement par défaut, statuer sur le fond en même temps qu'il déclarera l'instance reprise ? La question est controversée. Voy., pour la première opinion, Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 88 et 96, Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1294, Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*, Toulouse, 8 mars 1827 (D. A. *v° cit.*, n° 97), Besançon, 30 juin 1854 (D. P. 55. 5. 387) ; pour la seconde, Bordeaux, 7 janv. 1843 (D. A. *v° cit.*, n° 98), Bastia, 16 janv. 1856 (D. P. 56. 2. 59) ; et, en faveur d'une troisième opinion, qui distingue entre la demande en reprise d'instance après décès d'une partie et la demande en reprise d'instance par constitution de nouvel avoué, Paris, 6 août 1813 (D. A. *v° cit.*, n° 99). La seconde opinion est préférable : l'article 349 n'exige pas, en termes impératifs, que la reprise d'instance et la décision du fond soient l'objet de deux jugements séparés, et le fait que le jugement du fond ne sera jamais rendu que par défaut (Voy. *infrà*, même §) rend tout à fait inoffensive cette jonction, d'ailleurs, entièrement conforme au droit commun (Comp. *suprà*, note 21).

[26] Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1293 *ter*. Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 239 et suiv. Voy., sur le principe de la procédure par défaut, le tome VI.

[27] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 91.

[28] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 92. Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1290. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau critique vivement la complication de cette procédure (*Op. cit.*, t. V, p. 241), mais il faut convenir qu'on l'aggrave à plaisir en exigeant deux jugements, un sur la reprise d'instance, un autre sur le fond (Voy. *suprà*, notes 21 et 25). La commission de 1866, partant aussi de l'idée que ces deux jugements sont indispensables dans l'état actuel de la législation, supprimait celui qui déclare l'instance reprise, et demandait qu'elle le fût de plein droit à l'expiration des délais de la réassignation (Greffier, *op. cit.*, p. 60). D'ailleurs, une loi spéciale du 15 décembre 1850, sur la procédure relative au partage des terres vaines et vagues des cinq départements compris dans l'an-

§ **897**. III. Au moment de la mise en état, la procédure entre dans une troisième et dernière phase : qu'une partie meure désormais ou que son avoué cesse d'occuper, l'instance ne sera plus interrompue[1]. C'est ce qui rend si grave — on l'a vu au § **684** — la disposition de l'article 343, qui, réputant en état la cause où les deux parties ont déposé à l'audience des conclusions au fond, permet de la juger contradictoirement et de condamner ainsi une partie sans défense : 1° si son avocat ne s'est pas présenté au jour indiqué pour plaider; 2° s'il s'est trouvé, par la cessation des fonctions de l'avoué, dans l'impossibilité d'obtenir les renseignements dont il avait besoin avant de prendre la parole. On a vu d'ailleurs, au même § que la rigueur de la loi trouve son correctif dans les remises que le tribunal est toujours maître d'accorder, et dans le droit qu'il a d'ordonner, au besoin, le dépôt de nouvelles conclusions[2].

cienne province de Bretagne, décide déjà qu'en cas de décès ou de changement d'état d'un des demandeurs, l'instance sera reprise par ses représentants, sans nouvelle assignation, huit jours après la notification de ce décès ou de ce changement; qu'en cas de cessation des fonctions d'un avoué, sa partie devra le remplacer dans la quinzaine; et qu'après l'expiration de ces délais, l'instance suivra son cours à la requête de la partie la plus diligente : le décès ou le changement d'état du défendeur ne donnent droit à aucun délai pour reprendre d'instance (Art. 10).

§ **897.** [1] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 16. Favard de Langlade, *op. cit.*, v° *Reprise d'instance*, n° I. Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1277. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bruxelles, 8 août 1809 (D. A. *v° cit.*, n° 16). Paris, 11 juill. 1812; Bordeaux, 29 avr. 1834 (D. A. *v° cit.*, n° 12). Besançon, 28 juin 1869 (D. P. 71. 1. 81). Voy., sur l'application de cette règle en matière de saisie immobilière et d'ordre, les tomes IV et V.

[2] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 11. Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1279 *bis*. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 203 et suiv.

ARTICLE V

INCIDENTS RELATIFS A L'IRRÉGULARITÉ DES ACTES DE PROCÉDURE.

SOMMAIRE. — § **898**. D'où peut venir en général l'irrégularité des actes de procédure. — § **899**. I. Nullité de ces actes. — § **900**. Suite. A. Nullités d'intérêt privé. — § **901**. Suite. Par quelles personnes et de quelle manière elles peuvent être invoquées. — § **902**. Suite. A quel moment. — § **903**. Suite. 1° « Avant toute défense ». — § **904**. Suite. 2° « Avant toute exception autre « que les exceptions d'incompétence ». — § **905**. Suite. B. Nullités d'ordre public. — § **906**. II. Défaut de pouvoir. — § **907**. Suite. Dans quels cas il entraîne la nullité de l'acte. — § **908**. Suite. Dans quels cas il ne donne lieu qu'au désaveu. — § **909**. Suite. 1° Désaveu de l'avoué. — § **910**. Suite. Pour quels actes peut-il être désavoué? — § **911**. Suite. La disposition de l'article 352 est-elle limitative? — § **912**. Suite. 2° Désaveu de l'huissier. — § **913**. Suite. 3° Conditions de recevabilité du désaveu. — § **914**. Suite. 4° Doit-on désavouer un avoué ou un huissier pour avoir occupé ou instrumenté sans mandat? — § **915**. Suite. 5° On ne désavoue pas l'avocat. — § **916**. De l'action en désaveu. — § **917**. Suite. Circonstances diverses dans lesquelles le désaveu peut se produire. — § **918**. Suite. Devant quel tribunal cette demande doit être portée. — § **919**. Suite. Comment elle se forme. — § **920**. Suite. Comment elle est portée à la connaissance des parties intéressées. — § **921**. Suite. Procédure du désaveu. — § **922**. Suite. Jugement de cette demande, et effets de ce jugement.

§ **898**. L'irrégularité tient, en procédure, à quatre causes : un acte peut être nul, frustratoire, tardif, ou émaner d'une personne qui n'avait pas le pouvoir de le faire. J'ai examiné la seconde hypothèse au § **508**, et la troisième aux §§ **509** et suivants[1]; il ne s'agit ici que des deux autres.

§ **899**. I. Il ne faut pas confondre la nullité des actes de procédure avec celle des actes produits en justice à l'appui des conclusions des parties : celle-ci se demande en tout état de cause, et entraîne pour le défendeur sa condamnation et pour le demandeur le rejet de sa demande[1]. Il faut égale-

§ **898**. [1] J'y reviendrai au tome VII de ce Traité en étudiant la péremption d'instance : on y verra qu'un retard dans la procédure peut entraîner l'extinction de l'instance et la nécessité de la recommencer sur nouveaux frais, quelquefois même l'impossibilité d'en introduire une autre, et, par conséquent, la perte irréparable du droit litigieux.

§ **899**. [1] La nullité des actes invoqués en justice n'est pas soumise à l'application des règles qui vont suivre, et peut être proposée en tout état de cause comme tous les moyens tirés du fond du procès (Bioche, *op. cit.*, v° *Exceptions*, n°s 168 et 169; Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 334; Bonnier, *op. cit.*, n° 429). Voy., en ce sens, pour les conventions, Montpellier, 21 nov. 1872 (D. P. 73. 5. 244),

ment distinguer, parmi les nullités de procédure, les nullités extrinsèques qui viennent d'un vice de forme, et les nullités intrinsèques qui tiennent au défaut d'intérêt, de qualité ou de capacité chez l'une des parties : ces dernières s'opposent aussi en tout état de cause sous le nom de fins de non-valoir, et entraînent : 1° le rejet de la demande, si le demandeur ne justifie pas d'un intérêt suffisant[2]; 2° l'obligation pour toute partie de régulariser sa situation, quand sa qualité ou sa capacité sont justement contestées[3]. Au contraire, la nullité des actes de procédure entachés d'un vice de forme est régie par l'article **173** : « Toute nullité d'exploit ou d'acte de pro-« cédure est couverte, si elle n'est proposée avant toute dé-« fense ou exception autre que les exceptions d'incompé-« tence »[4]. C'est la mise en œuvre des principes posés aux

Rennes, 19 janv. 1881 (D. P. 81. 2. 104) : pour les actes respectueux à fin de mariage, Besançon, 19 févr. 1861 (D. P. 61. 2. 90), Paris, 27 nov. 1876 (D. P. 77. 2. 156), *contrà*, Agen, 27 août 1829 (D. A. v° *Mariage*, n° 166); pour les délibérations des conseils de famille irrégulièrement composés, req. 24 févr. 1825, Colmar, 14 juill. 1836 (D. A. v° *Interdiction*, n° 84); pour la nomination d'un tuteur *ad hoc*, civ. cass. 18 août 1879 (D. P. 80. 1. 271), Paris, 14 févr. 1894 (D. P. 95. 2. 29); pour les inscriptions hypothécaires, civ. cass. 1er mai 1815 (D. A. v° *Exceptions*, n° 253); voy. cep. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 739 *bis*.

[2] Le défendeur a toujours un intérêt dans le procès (Voy. t. I, §§ **296** et suiv.).

[3] Voy., sur ce point, t. I, §§ **300**, **314** et **378**; t. II, §§ **764** et suiv.

[4] Il est quelquefois délicat de distinguer les actes de procédure auxquels s'applique cet article, et les actes produits en justice qui échappent à son application. On décide généralement qu'il s'applique à la fois aux actes de procédure qui font partie de l'instance actuellement engagée, et aux actes extrajudiciaires qui ont précédé la demande (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 197; Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 336; Bonnier, *op. et loc. cit.*; voy., en ce sens, pour les offres réelles, civ. rej. 5 déc. 1826, D. A. v° *Obligations*, n° 219; pour les protêts, req. 19 janv. 1808, D. A. v° *Exceptions*, n° 314, Toulouse, 28 mars 1832, D. A. v° *Effets de commerce*, n° 378; pour les sommations et commandements, Riom, 21 janv. 1832, D. A. v° *Vente publique d'immeubles*, n° 1268, civ. rej. 5 avr. 1853, D. P. 54. 1. 337, Bourges, 21 juill. 1854, D. P. 56. 2. 162, Toulouse, 12 juin 1860, D. P. 61. 2. 357, Bordeaux, 8 févr. 1893, S. 94. 2. 25, civ. rej. 7 mars 1893, D. P. 93. 1. 156, S. 96. 1. 348, Nancy, 17 juill. 1894, D. P. 95. 2. 191); mais qu'il ne s'applique pas aux actes d'une instance antérieure, ce qui revient à dire que la nullité de ces derniers ne se demande pas par voie d'exception mais par une défense au fond (Voy., sur cette distinction, t. I, § **379**; et, en ce sens, Bonnier, *op. et loc. cit.*, Caen, 15 juill. 1828, D. A. v° *Contrat de mariage*, n° 1779, civ. cass. 23 mars 1881, D. P. 82. 1. 351). On dit aussi quelquefois que la nullité des jugements se demande par un moyen tiré du fond (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 182), mais cette proposition, contraire à l'article 75, § 4, du décret du 16 février 1807, qui fixe le coût de la requête en nullité « de la demande « ou du jugement », doit être remplacée par celle-ci : les nullités de jugement ne se demandent pas par voie d'action, mais seulement au moyen d'une exception qui doit être opposée *in limine litis* si la nullité est d'ordre

§§ **497** et suivants, et je n'ai plus à dire ici dans quels cas un acte de procédure est nul pour vice de forme, mais seulement par quelles personnes, de quelle manière et à quel moment la nullité peut en être demandée. Il faut, tout d'abord, distinguer, sur ces divers points, suivant qu'elle est d'intérêt privé ou d'ordre public.

§ **900**. A. La nullité des actes de procédure est soumise, lorsqu'elle est d'intérêt privé, aux règles suivantes.

§ **901**. 1° Elle ne peut être prononcée qu'à la requête de la partie contre qui l'acte nul a été fait, et non pas d'office ou sur la demande de la partie qui l'a fait faire[1]. Elle se demande au cours même de cette instance par voie d'exception : j'ai expliqué le sens de ce mot au § **379**. Autant il y a d'actes nuls, autant de fois cette exception peut être invoquée, et l'on n'est même pas tenu de proposer conjointement toutes les nullités déjà commises au moment où l'on fait valoir l'exception; mais le décret du 16 février 1807, aux termes duquel la requête en nullité de la demande ou du jugement ne peut excéder six rôles[2], laisse au compte du demandeur en nullité, réussît-il dans sa prétention, le coût

public, et qui peut être opposée en tout état de cause si la nullité est d'intérêt privé (Voy., sur ce point, t. II, § **503**, et, pour plus de détails, *infrà*, §§ **902** et suiv., et le tome V). Quant aux actes de l'instance actuelle, ils tombent tous sous le coup de l'article 173 (Voy., pour les actes d'avoué à avoué, Nîmes, 16 août 1819, D. A. v° *Péremption*, n° 302, Rennes, 28 avr. 1814, Grenoble, 22 avr. 1815, D. A. v° *Exceptions*, n° 312, req. 1er févr. 1848, D. P. 48. 5. 182; pour les requêtes présentées au président du tribunal afin d'obtenir une autorisation, Douai, 15 mai 1841, D. A. *v° cit.*, n° 313; pour les enquêtes, expertises et descentes sur lieux, les arrêts cités *infrà*, § **903**, notes 8 et 9, sur les demandes qui couvrent ou ne couvrent pas la nullité de ces actes d'instruction). *Quid* du préliminaire de conciliation? Voy. t. II, § **642**, et *infrà*, § **905**.

§ **900**...

§ **901**. [1] Comp. t. II, § **503**. Je réserve pour le tome VI le cas de défaut, et spécialement, la question de savoir si les juges peuvent opposer d'office, dans l'intérêt du défaillant, les nullités auxquelles il aurait peut-être renoncé s'il n'eût pas fait défaut.

[2] Art. 75, § 4. Voy., sur les conclusions à fin de nullité d'un acte de procédure, Rennes, 31 juill. 1810 (D. A. v° *Exploit*, n° 513) et 8 janv. 1812 (D. A. v° *Exceptions*, n° 262) : Toulouse, 8 févr. 1828 (D. A. v° *Exploit*, n° 596); civ. rej. 18 avr. 1838 (D. A. v° *Exceptions*, n° 271); civ. cass. 28 févr. 1853 (D. P. 53. 1. 135). Il n'est pas indispensable de les présenter par acte d'avoué à avoué; on peut les prendre à l'audience (Civ. cass. 6 nov. 1811; D. A. *v° cit.*, n° 353).

des demandes successives qu'il a formées, alors qu'il eût pu, à moins de frais, les réunir en une seule[3]. Le tribunal n'est pas tenu non plus de statuer sur l'exception de nullité par un jugement séparé : l'article **173** ne lui interdit pas, comme l'article **172** le fait pour les exceptions déclinatoires[4], de prononcer en même temps sur l'exception et sur le fond. De fait, il n'y a aucune ressemblance entre ces deux situations, car, au lieu que des juges commettraient un déni de justice en passant outre au jugement du fond alors que celui par lequel ils se sont déclarés compétents[5] est susceptible d'appel, ils n'encourent aucun reproche en statuant au fond immédiatement après avoir rejeté l'exception de nullité qui n'emporte aucunement dénégation de leur compétence[6]. Le défendeur en nullité qui n'a pas conclu au fond sera jugé par défaut, car il est en faute de n'avoir pas conclu à toutes fins[7], mais il faudra, du moins, que le demandeur ait conclu au fond, sans quoi la cause, n'étant pas en état sur le fond, ne pourrait recevoir jugement[8]. Jugée séparément ou conjointement avec le fond, la nullité pourra être remise en question par les voies de recours admises contre les jugements[9]; quant à savoir si on peut l'opposer pour la première fois devant la cour d'appel ou devant la cour de cassation, et dans quels cas elle donne lieu à la requête civile, je réserve ces questions pour le tome VI de ce Traité.

[3] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 227 et 252. Bonnier, *op. cit.*, n° 432. *Contra*, Rennes, 10 août 1808 (D. A. *v° cit.*, n° 303).

[4] Voy. t. II, § **746**.

[5] En rejetant l'exception d'incompétence proprement dite, ou celles de litispendance et de connexité qui, sous un autre nom et dans d'autres circonstances, tendent, en réalité, au même but (Voy. t. II, §§ **730** et suiv.; et, sur le déni de justice, t. I, § **144**).

[6] Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 745. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 337. Bonnier, *op. et loc. cit.* Rennes, 18 avr. 1810; Limoges, 19 avr. 1812 (D. A. v° *Enquête*, n° 427). Rennes, 28 mai 1818 (D. A. v° *Appel civil*, n° 593). Req. 31 janv. 1821 (D. A. v° *Exceptions*, n° 375). *Contra*, civ. cass. 5 mars 1810 (D. A. v° *Appel civil*, n° 1153); Paris, 19 déc. 1812 (D. A. v° *Exceptions*, *loc. cit.*).

[7] Voy., sur les conclusions à toutes fins, t. II, § **682**; et, sur les jugements par défaut, le tome VI.

[8] La cause n'est en état de recevoir un jugement contradictoire qu'autant que les deux parties ont conclu sur le fond (Voy. t. II, § **683**); elle peut être jugée par défaut quand le demandeur seul a conclu; on ne peut que la retirer du rôle lorsqu'aucune des parties n'a pris de conclusions (Voy., t. II, § **681**).

[9] Le jugement rendu sur la nullité ne pourra être frappé d'appel que s'il est en premier ressort, suivant les principes qui seront posés, au tome V.

§ **902**. 2° L'exception de nullité est régie, comme toutes les autres, par le principe posé au § **381** : elle doit être opposée *in limine litis*, et, suivant les expressions de l'article **173**, « avant toute défense ou exception autre que les excep- « tions d'incompétence ». L'application de cette règle soulève deux difficultés[1], à savoir si le défendeur couvre en constituant avoué : 1° la nullité de l'exploit d'ajournement; 2° celle des actes extrajudiciaires qui l'ont précédé.

§ **903**. 1) On distinguait autrefois dans cet exploit les formalités qui ont pour but d'en assurer la remise, comme l'indication du nom et du domicile du défendeur, et les formalités destinées seulement à le mettre en état de se défendre, comme l'énoncé de l'objet de la demande et des moyens à l'appui[1] : l'omission des unes produisait

§ **902**. [1] Elle a aussi donné lieu à de nombreuses décisions que je ne puis discuter en détail, et dont le sens général peut se résumer comme il suit. 1° La nullité de l'ajournement est couverte : 1) par les conclusions principales sur le fond (Req. 15 févr. 1881, D. P. 82. 1. 75, civ. rej. 21 janv. 1884, D. P. 84. 5. 243), même orales (Bordeaux, 26 mars 1834, D. A. v° *Conclusions*, n° 30; Toulouse, 24 avr. 1841, D. A. v° *Agréé*, n° 47; Chambéry, 1er juill. 1896, D. P. 97. 2. 399; req. 17 mars 1897, D. P. 97. 1. 445, S. 97. 1. 340); 2) par la demande d'un délai (Req. 5 vent. an VIII; D. A. v° *Exceptions*, n° 295); 3) par la présentation d'une fin de non-recevoir (Orléans, 30 mai 1817; D. A. *v° cit.*, n° 293); 4) par le concours donné à l'interrogatoire sur faits et articles (Bordeaux, 25 août 1835; D. A. v° *Exploit*, n° 518). 2° Cette même nullité n'est pas couverte : 1) par la mise au rôle (Liège, 23 nov. 1814; D. A. v° *Exceptions*, n° 280); 2) par la sommation de régulariser la procédure (Paris, 14 pluv. an XI; D. A. *v° et loc. cit.*); 3) par la mise en cause de personnes non comprises dans l'assignation (Rennes, 9 août 1819; D. A. v° *Exploit*, n° 217); 4) par des conclusions subsidiaires (Req. 27 juin 1831, D. A. v° *Exceptions*, n° 270; Poitiers, 9 juin 1857, D. P. 57. 2. 121); 5) par la demande qui tend à obtenir l'ouverture d'une instruction (Montpellier, 2 avr. 1822, D. A. *v° cit.*, n° 307; voy., sur cette forme d'instruction, *infrà*, §§ **979** et suiv.); 6) par la communication amiable d'une pièce qui se trouve entre les mains du défendeur (Orléans, 19 juin 1829; D. A. *v° cit.*, n° 288). 3° L'obligation d'opposer cette exception, à peine de déchéance, *in limine litis*, est applicable à toutes les parties, même aux communes (Civ. rej. 17 nov, 1897; D. P. 98. 1. 127; S. 98. 1. 236). 4° La question de savoir si la demande en reprise d'instance couvre la nullité de l'exploit d'ajournement, est controversée (Civ. cass. 1er mars 1824, D. A. v° *Chose jugée*, n° 248; Lyon, 17 janv. 1827, D. A. v° *Exploit*, n° 427). 5° Les demandes de remise couvrent généralement cette nullité, mais il en est autrement quand le défendeur, qui les forme, se fonde sur ce que le délai de l'assignation n'est pas encore expiré le jour où il comparaît à l'audience (Poitiers, 27 oct. 1845, D. P. 46. 2. 127; Poitiers, 12 févr. 1861, D. P. 61. 2. 59). 6° On ne renonce pas au droit d'invoquer la nullité en concluant à toutes fins; mais, si, ayant ainsi conclu et s'étant vu débouter de ses conclusions à fin de nullité, on a plaidé immédiatement au fond, on est réputé avoir acquiescé par-là au jugement rendu sur l'exception de nullité (Rennes, 4 mai 1812; D. A. v° *Exceptions*, n° 305).

§ **903**. [1] Voy., sur les formalités de l'ajournement, et sur le but particulier de chacune d'elles, t. II. §§ **651** et suiv.

une nullité dite intrinsèque; l'absence des autres, une nullité extrinsèque. Dans le second cas, on admettait le défendeur à contester la validité de l'exploit qui ne lui donnait pas sur la demande les indications dont il avait besoin pour y répondre. Dans le premier cas, quel intérêt, disait-on, a-t-il à demander la nullité? Les formalités omises n'ont-elles pas pour but unique d'empêcher le sergent[2] de faire fausse route, et la comparution du défendeur ne prouve-t-elle pas que, bien qu'irrégulière, l'assignation a su le trouver[3]? Cette pratique, qui avait l'inconvénient de provoquer le défendeur à faire défaut, pour former ensuite opposition et invoquer à l'appui la nullité de l'exploit[4], ne doit plus être suivie aujourd'hui[5]; elle est contraire à l'article **173**, aux termes duquel les nullités de l'ajournement, quelles qu'elles soient, ne se couvrent que par une défense au fond, et au principe qu'il n'est pas besoin de justifier d'un grief pour opposer avec succès une nullité de procédure[6]. L'article **173** régit aussi, mais seulement *mutatis mutandis*, la nullité des actes postérieurs à l'introduction de l'instance : le droit d'opposer une exception ne se perd pas avant de naître — on l'a vu au § **381** — et une défense au fond ne couvre, par conséquent, pas la nullité d'un acte de procédure qui n'a

[2] Aujourd'hui l'huissier (Voy. t. I, § **223**).

[3] Jousse, *op. cit.*, t. I, p. 8 et 64. Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 36.

[4] Voy., sur cette procédure, le tome VI.

[5] Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 739 *bis* et 753. Boncenne, *op. cit.*, t. II, p. 297 et suiv. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 364. Bonnier, *op. cit.*, n° 431. Bruxelles, 4 avr. 1807 (D. A. v° *Exploit*, n° 278). Paris, 31 mars 1813 (D. A. *v° cit.*, n° 311). Bruxelles, 29 janv. 1820 (D. A. v° *Exceptions*, n° 274). Civ. cass. 17 nov. 1823 (D. A. v° *Exploit*, n° 378). Lyon, 17 janv. 1827 (D. A. *v° cit.*, n° 427). Civ. cass. 22 mai 1860 (D. P. 60. 1. 243). Besançon, 23 févr. 1880 (D. P. 80. 2. 225). *Contrà*, Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 744; Liège, 19 févr. 1812 (D. A. v° *Exceptions*, n° 272); req. 25 nov. 1874 (D. P. 75. 1. 358); Bruxelles, 23 juin 1888 (D. P. 89. 2. 111); req. 17 juill. 1889 (D. P. 90. 1. 485; S. 91. 1. 399). Comp. civ. cass. 25 mars 1891 (D. P. 91. 1. 223; S. 91. 1. 245). Il a cependant été jugé : 1° que le moyen de nullité tiré de ce que l'assignation a été donnée à trop bref délai (moyen que je considère comme non-recevable; voy. t. II, § **654**) est couvert par la comparution du défendeur (Req. 20 janv. 1825; D. A. v° *Exploit*, n° 613); 2° que le vice d'un exploit d'ajournement, résultant de ce que le défendeur y a élu domicile chez un avoué sans déclarer qu'il le constituait (Voy., sur cette cause de nullité, t. II, § **652**), est couvert par la signification en l'étude de cet avoué de la constitution de celui du défendeur (Bourges, 25 août 1808, D. A. v° *Surenchère*, n° 119; Rennes, 26 mai 1810, D. A. v° *Exceptions*, n° 278; Colmar, 26 janv. 1816, D. A. v° *Exploit*, n° 625; Paris, 9 mai 1826, Nimes, 17 nov. 1828, D. A. v° *Exceptions*, *loc. cit.*; civ. cass. 1er juill. 1878, D. P. 78. 1. 337).

[6] Voy., sur ce principe, t. II, § **498**.

pas encore été posé[7]; mais, s'il a été fait et qu'il pèche par la forme, c'est renoncer à en demander la nullité et, par conséquent, la couvrir que d'aborder le fond du débat avant de l'avoir opposée[8]. C'est ainsi qu'on couvre les nullités d'enquête en commençant à discuter les dépositions des témoins[9]. Enfin,

[7] Aussi la renonciation aux moyens de nullité, parfaitement valable en principe (Voy. t. II, § **503**, et *suprà*, même §), ne peut-elle résulter que de faits postérieurs à l'acte nul (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 202).

[8] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 203 et suiv., 211 et 212. Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 746. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 366. Il a été jugé, en ce sens : 1° que la nullité des actes d'avoué à avoué se couvre par des conclusions au fond, ou par une sommation également relative au fond (Rennes, 28 avr. 1814, Grenoble, 22 avr. 1825; D. A. *v° cit.*, n° 312); 2° que la partie qui a comparu, même en refusant de conclure, à une audience pour laquelle elle n'a pas reçu d'avenir, ne peut exciper du vice de forme qui résulte de cette omission (Req. 1er févr. 1848; D. P. 48. 5. 182); 3° que la nullité d'une requête adressée au président du tribunal se couvre par l'exécution volontaire de l'ordonnance écrite au pied de cette requête (Douai, 15 mai 1841; D. A. *v° cit.*, n° 313); 4° que le moyen tiré de ce que les parties ont comparu à l'audience sans qu'un jugement l'ait ordonné, ne peut être invoqué par celle qui a comparu et fourni toutes les explications qui lui étaient demandées (Req. 30 mai 1859; D. P. 59. 1. 462); 5° que les nullités en matière d'expertise sont couvertes par l'assistance des parties, et par les conclusions qu'elles ont prises pour soutenir ou pour combattre le rapport des experts (Voy. les arrêts cités *suprà*, § **870**, notes 18 et suiv.); 6° qu'il en est de même de la descente sur lieux (Civ. rej. 1er juin 1870; D. P. 71. 1. 230). Les réserves insérées dans les conclusions au fond empêcheraient-elles la nullité de se couvrir? Oui, si elles étaient formelles (Civ. cass. 28 févr. 1853; D. P. 53. 1. 135); non, dans le cas contraire (Rennes, 31 juill. 1810, D. A. v° *Exploit*, n° 513, et 8 janv. 1812, D. A. v° *Exceptions*, n° 262; Toulouse, 9 févr. 1828, D. A. v° *Exploit*, n° 596; civ. rej. 18 avr. 1838, D. A. v° *Exceptions*, n° 271; Toulouse, 4 août 1881, D. P. 82. 2. 94).

[9] On ne couvre pas les nullités d'enquête en signant le procès-verbal (Voy. *suprà*, §§ **847**, note 9; **851**, note 10), mais on les couvre : 1° en assistant personnellement à l'enquête (Bruxelles, 8 août 1808, D. A. *v° cit.*, n° 329; Besançon, 9 déc. 1808, D. A. v° *Enquête*, n° 21; Bruxelles, 17 janv. 1810, D. A. v° *Exceptions*, *loc. cit.*; Agen, 17 août 1810, D. A. v° *Acquiescement*, n° 713; Trèves, 20 mars 1811, D. A. v° *Exceptions*, n° 317; Grenoble, 19 déc. 1811, Paris, 3 juin 1813, D. A. *v° cit.*, n° 329; req. 8 juin 1813, D. A. *v° cit.*, n° 317; Toulouse, 30 nov. 1815 et 6 mai 1819, D. A. *v° cit.*, n° 329; Metz, 16 nov. 1819, D. A. v° *Enquête*, n° 248; Rennes, 1er juin 1823, D. A. v° *Exceptions*, *loc. cit.*; Caen, 4 août 1827, D. A. v° *Enquête*, n° 240; Bourges, 9 janv. 1828, D. A. v° *Exceptions*, *loc. cit.*; Bourges, 14 juill. 1828, D. A. v° *Enquête*, n° 127; req. 30 juill. 1828, D. A. *v° cit.*, n° 155; req. 13 juin 1834, D. A. v° *Degrés de juridiction*, n° 499; civ. rej. 21 août 1835, D. A. v° *Serment*, n° 28; Douai, 9 janv. 1836, D. A. v° *Enquête*, n° 26; Liège, 20 mars 1841, D. A. *v° cit.*, n° 285; Riom, 29 déc. 1843, D. P. 49. 1. 108; Riom, 13 mars 1855, D. P. 55. 5. 178; req. 20 nov. 1860, D. P. 61. 1. 384; Rouen, 9 mars 1870, D. P. 71. 2. 198; *contrà*, civ. cass. 14 déc. 1811, D. A. *v° et loc. cit.*, civ. cass. 31 janv. 1826, D. A. v° *Exceptions*, n° 327, Bourges, 30 mai 1831, D. A. v° *Enquête*, n° 127, Nancy, 10 janv. 1833, D. A. *v° cit.*, n° 285, Nîmes, 4 juill. 1839, D. A. v° *Exceptions*, n° 326); 2° en y assistant par le ministère d'un avoué (Nancy, 29 mars 1825, D. A. *v° cit.*, n° 318, Bourges, 8 mai 1829, D. A. v° *Enquête*, n° 287; *contrà*, Rouen, 17 mars 1810, D. A. v° *Exceptions*, n° 323; Riom, 17 août 1827, D. A. v° *Enquête*, n° 327; Bordeaux, 26 juill. 1831, D. A. v° *Exceptions*, n° 322; Nancy, 10 janv. 1833, D. A. v° *En-*

à quelque époque que l'acte ait été fait, il importe peu que la nullité en soit substantielle : la règle qui prescrit de l'opposer *in limine litis* s'applique aussi bien dans ce cas que dans le cas contraire[10].

§ **904**. 2) On hésite, en second lieu, sur le rang qu'occupe parmi les exceptions celle de nullité, dont l'article **173** se borne à dire qu'elle doit être proposée « avant toute exception « autre que les exceptions d'incompétence »[1].

Il est certain, tout d'abord, que cette règle n'a pas trait aux nullités d'actes faits au cours de l'instance, qui se proposent au fur et à mesure qu'un acte nul fournit l'occasion de les faire valoir[2]. Il est également sûr que l'exception tirée de la nullité de l'ajournement et des actes qui le précèdent ne peut entrer en conflit, ni avec l'exception d'incompétence *ratione*

quête, loc. cit.); 3° en concluant au fond postérieurement à l'acte entaché de nullité (Bruxelles, 2 juill. 1834, D. A. v° *cit.*, n° 598; req. 19 août 1841, D. A. v° *cit.*, n° 189; Rennes, 9 avr. 1851, D. P. 52. 5. 234; Colmar, 19 juin 1860, D. P. 62. 2. 27). La contr'enquête couvre-t-elle les nullités de l'enquête? Voy., pour l'affirmative, Paris, 19 août 1808 (D. A. v° *Exceptions*, n° 325), Metz, 16 nov. 1819 (D. A. v° *Enquête*, n° 248); pour la négative, civ. cass. 24 déc. 1811 (D. A. v° *cit.*, n° 285), Nancy, 5 avr. 1830 (D. A. v° *cit.*, n° 122), Colmar, 15 juill. 1833 (D. A. v° *cit.*, n° 237), Orléans, 17 août 1839 (D. A. v° *Exceptions*, n° 325). Voy., enfin, sur la valeur des protestations et réserves qui accompagnent l'assistance de la partie ou de son avoué aux formalités de l'enquête, Liège, 8 mai 1815 (D. A. v° *Enquête*, n° 285); Poitiers, 13 août 1819 (D. A. v° *Exceptions*, n° 319); Rennes, 29 nov. 1820 (D. A. v° *Enquête*, n° 416); Liège, 7 avr. 1821 (D. A. v° *cit.*, n° 227); civ. rej. 9 nov. 1825 (D. A. v° *Exceptions*, n° 318); Amiens, 18 août 1826 (D. A. v° *Enquête*, n° 238); Bruxelles, 22 févr. 1827 (D. A. v° *cit.*, n° 285); Nîmes, 30 août 1827 (D. A. v° *cit.*, n° 432); Riom, 28 nov. 1828 (D. A. v° *cit.*, n° 238); Bourges, 30 mai 1831 (D. A. v° *cit.*, n° 127); Colmar, 15 juill. 1833 (D. A. v° *cit.*, n° 237); Aix, 6 déc. 1837 (D. A. v° *cit.*, n° 148); req. 18 mai 1840 (D. A. v° *cit.*, n° 274); Montpellier, 4 janv. 1847 (D. P. 47. 4. 201); Bordeaux, 17 janv. 1851 (D. P. 51. 2. 48); Nîmes, 13 mai 1851 (D. P. 51. 5. 215); Bourges, 5 juill. 1854 (D. P. 55. 5. 178).

[10] Nîmes, 16 août 1819 (D. A. v° *Péremption*, n° 302). Req. 1er déc. 1836 (D. A. v° *Exceptions*, n° 250). Douai, 15 mai 1841 (D. A. v° *cit.*, n° 313). La controverse qui s'est élevée sur le point de savoir si l'article 173 régit seulement les nullités relatives, ou s'il doit s'appliquer aussi aux nullités absolues (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 168 et 169; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 739 *bis*; Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 336), n'a pas d'intérêt, car les nullités que ces auteurs qualifient d'absolues sont, en réalité, des fins de non-valoir auxquelles il est certain que l'article 173 ne s'applique pas (Voy. *suprà*, même §).

§ **904**. [1] J'ai indiqué t. II, § **767**, note 2, l'intérêt de cette question et de toutes les questions analogues.

[2] C'est la conséquence du principe posé, t. I, § **381**, et rappelé au § précédent, que le droit d'invoquer une exception ne peut se perdre avant d'être né.

materiæ qui peut être opposée en tout état de cause[3], ni avec celle de communication des pièces qui n'ont pas été signifiées avec la demande, et dont la communication ne pourra être demandée qu'après qu'elles auront été versées au procès[4]. Enfin, il est hors de doute qu'entre l'exception de nullité et celle d'incompétence *ratione personæ*, celle-ci a le pas sur celle-là, si bien qu'on couvrirait l'incompétence en commençant par exciper de la nullité, et qu'on ne couvrirait pas la nullité en déclinant d'abord la compétence : c'est l'article **173** qui le dit[5], et cela se comprend, car le tribunal ne peut statuer sur aucun point s'il n'est compétent, et c'est accepter sa compétence que de plaider devant lui la nullité de l'ajournement[6]. J'en dirai autant des exceptions de litispendance et de connexité, que j'ai assimilées à celle d'incompétence *ratione personæ* en décidant qu'elles doivent être opposées *in limine litis*[7].

Il ne reste plus qu'à prévoir le conflit de l'exception de nullité de l'exploit d'ajournement et des actes antérieurs, avec celle de la caution *judicatum solvi*, les exceptions dilatoires, et celle de communication des pièces signifiées en même temps que l'exploit d'ajournement[8]. Je décide, sur ce conflit : *a*) que les exceptions de nullité et de la caution *judicatum solvi* ne se couvrent pas l'une l'autre — je l'ai démontré au § **767** — et que le défendeur peut commencer indifféremment par l'une quelconque des deux, sauf que, s'il a excipé d'abord de la nullité de l'ajournement, la caution qu'il demandera ensuite ne couvrira pas les frais déjà faits[9]; *b*) que l'exception de nullité doit passer, à peine de déchéance, avant celle qui a pour objet la communication des pièces signifiées avec l'exploit d'ajournement[10]; *c*) que l'exception

[3] Voy. t. I, § **381**; t. II, § **405**. Aj., sur cette situation, Grenoble, 6 avr. 1881 (D. P. 82. 2. 17).

[4] Voy. t. II, § **796**.

[5] Bruxelles, 23 janv. 1817 (D. A. *v° cit.*, n° 265). Req. 9 mai 1883 (D. P. 84. 1. 358).

[6] Voy., sur ce point, à propos du conflit des exceptions d'incompétence *ratione personæ* et de la caution *judicatum solvi*, t. II, § **767**.

[7] Voy., sur ce point, t. II, §§ **735** et **745**.

[8] Conformément à l'article 65 (Voy. t. II, § **656**).

[9] Voy. plus particulièrement, sur l'intérêt que présente cette question, t. II, § **767**, note 2.

[10] Rouen, 9 déc. 1809; req. 30 janv. 1810; Rennes, 23 sept. 1815 et 12 juin

tirée du délai pour faire inventaire et délibérer doit être opposée après celle de nullité, mais que, si l'héritier excipe de la nullité dans les trois mois et quarante jours, il a le droit de demander que le tribunal ne prononce sur ce point qu'après l'expiration de ce délai : il risquerait, sans cela, de supporter personnellement, même en renonçant ou en n'acceptant que sous bénéfice d'inventaire, les frais d'un incident qu'il n'a cependant élevé que dans l'intérêt de la succession[11]. Je m'expliquerai au § **943** sur le moment où l'on doit invoquer respectivement l'exception de garantie et d'autres exceptions.

§ **905**. B. Les nullités d'ordre public font exception à ces règles : elles peuvent être opposées en tout état de cause, et après une défense au fond, par les deux parties ou même d'office par le tribunal[1]. Telles sont les nullités des jugements lorsqu'elles touchent à l'ordre public[2] : on verra dans quels cas aux §§ **1049** et suivants, **1163** et suivants. Telles sont aussi : 1° la nullité des enquêtes faites devant un juge-commissaire incompétent *ratione loci*, ou qui ont porté sur des faits

1817; Besançon, 1er déc. 1818; Orléans, 15 nov. 1820; Colmar, 5 janv. 1821; Bourges, 30 mars 1829; Rennes, 28 juill. 1830; Rouen, 25 févr. 1834; Rennes, 10 juill. 1835 (D. A. *v° cit.*, n° 283). Bruxelles, 15 avr. 1839 (D. A. *v° cit.*, n° 285). Bourges, 3 janv. 1840 (D. A. *v° cit.*, n° 283). Req. 24 nov. 1885 (D. P. 86. 1. 256). Req. 11 janv. 1892 (D. P. 93. 1. 65; S. 94. 1. 321). Grenoble, 28 juin 1892 (D. P. 93. 2. 343). Il a même été jugé qu'une communication demandée et reçue amiablement suffit pour couvrir l'exception de nullité (Rennes, 9 avr. 1811; D. A. *v° cit.*, n° 286); mais la cour d'Agen a décidé avec raison, le 4 avril 1810, que cette exception n'est pas couverte par la demande de communiquer l'original de l'exploit d'ajournement, demande qui a précisément pour but de s'assurer que l'original contient toutes les énonciations substantielles dont l'omission entraînerait nullité (D. A. v° *Vente publique d'immeubles*, n° 1537; voy., sur la nullité des exploits dont la copie est régulière mais l'original irrégulier, t. II, § **611**). *Quid* d'une demande de communication faite avec des protestations et des réserves? Voy. Pau, 26 juill. 1809 (D. A. v° *Exploit*, n° 278); Liège, 31 juill. 1811 (D. A. *v° cit.*, n° 62).

[11] Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 350. Comp. Pigeau, *La procédure civile des tribunaux de France*, t. I, p. 208 et suiv.

§ **905**. [1] Voy. t. II, § **503**.

[2] Bourges, 31 déc. 1814 et 18 juill. 1817; Orléans, 19 mai 1819 (D. A. *v° cit.*, n° 332). Toulouse, 24 janv. 1825 (D. A. v° *Jugement*, n° 298). Bourges, 16 janv. 1826 (D. A. v° *Exceptions*, *loc. cit.*). Colmar, 16 mai 1831 (D. A. v° *Obligations*, n° 1523). La cour de cassation (chambre des requêtes), a jugé, le 27 octobre 1814, que la nullité qui vient du défaut de signification du jugement ne peut être demandée qu'*in limine litis* (D. A. v° *Exceptions*, n° 338) : cela implique qu'elle n'est pas d'ordre public (Voy., sur ce point, *infrà*, § **1192**).

dont la preuve est interdite; 2° la nullité partielle d'une enquête où l'un des témoins entendus était incapable de déposer en justice[3]. Telle serait, enfin, la nullité qui provient de l'omission du préliminaire de conciliation, si l'on admettait, contre mon opinion, que cette formalité est d'ordre public[4]. On remarquera seulement qu'en parlant de jugements dont la nullité se propose par voie d'exception, je suppose celui d'une instance antérieure ou un jugement d'avant faire droit rendu dans l'instance actuellement pendante; la nullité du jugement définitif de cette dernière instance ne pourrait être demandée qu'après qu'elle est close, et par les voies de recours dont il sera parlé aux tomes V et VI de ce Traité[5].

§ **906**. II. Le défaut de pouvoir dans les actes de procédure est un fait grave, mais qui ne tombe jamais sous le coup de l'article 173. S'il entraîne la nullité de l'acte, elle se demande par un moyen tiré du fond, et non par une simple exception de procédure[1]; s'il n'entraîne pas nullité, il donne lieu à la procédure spéciale du désaveu[2].

§ **907**. A. Le défaut de pouvoir emporte nullité dans trois cas : 1° lorsqu'une partie a donné l'ordre de former une demande, d'émettre un consentement, un acquiescement ou une acceptation, de faire une offre, un aveu ou une déclaration pour lesquels elle n'avait pas une capacité ou un pouvoir suffisants, suivant qu'elle agissait en son nom ou qu'elle plaidait exceptionnellement comme procureur[1]; 2° lorsqu'un officier ministériel a fait un acte pour lequel il était incompétent *ratione materiæ* ou *ratione loci*[2]; 3° lorsqu'il

[3] Voy. *suprà*, §§ **835**, **836** et **846**.
[4] Voy. t. II, § **642**.
[5] Voy. aussi, sur ce point, t. II, § **503**.

§ **906**. [1] Voy., sur cette distinction, t. I, § **379**.
[2] On appelle désaveu tantôt cette procédure tout entière (Art. 356 et suiv.), tantôt l'acte même qui en est le point de départ (Art. 353, 354 et 355). Voy. Carré, *op. cit.*, t. III, p. 24.

§ **907**. [1] Voy. t. I, §§ **301** et suiv., **314** et suiv.
[2] Toullier, *op. cit.*, t. VIII, nos 68 et 72. Duranton, *op. cit.*, t. XIII, n° 26. Demolombe, *op. cit.*, t. XXIX, nos 238 et 239. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 200. Bonnier, *Des preuves*, n° 473.

a fait sans mandat exprès un acte qui devait être signé de la partie ou de son fondé de procuration spéciale[3], à savoir : 1) pour l'avoué, la demande en renvoi[4], les actes de désistement[5], de prise à partie[6] et de récusation de juges[7] ou d'experts[8], la déclaration qu'on entend s'inscrire en faux[9] ou se servir d'une pièce arguée de faux[10], et la surenchère sur aliénation volontaire[11]; 2) pour l'huissier, l'opposition à mariage, l'exploit de saisie immobilière, et la réquisition d'emprisonnement dans les cas où la contrainte par corps peut encore s'exercer aujourd'hui[12]. Les pouvoirs spéciaux exigés dans ces différents cas peuvent être donnés à l'avoué ou à l'huissier, mais il doit les représenter à première réquisition[13].

§ **908**. B. Les articles 352, 354 et 355 ne donnent qu'une idée sommaire et inexacte des cas où il y a matière à désaveu, en disant qu' « aucunes offres, aucun aveu ou consentement « ne pourront être faits, donnés ou acceptés sans un pouvoir « spécial, à peine de désaveu ». Se plaçant uniquement dans l'hypothèse où cette procédure est dirigée contre un avoué, ils ne disent pas : 1° pour quels actes il peut être désavoué ; 2° s'il en est de même de l'huissier; 3° quelles sont les conditions générales du désaveu; 4° s'il doit être formé contre un avoué ou un huissier qui a occupé ou instrumenté sans en avoir été chargé; 5° quelle conduite les parties doivent tenir à l'égard des avocats qui auraient fait, dans leurs plaidoiries, des déclarations compromettantes[1].

[3] Bioche, *op. cit.*, v° *Désaveu*, n° 8. Carré, *op. cit.*, t. III, n° CCXCIV. Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 145. Orléans, 11 mai 1821 (D. A. v° *Désaveu*, n° 73). Comp., sur cette hypothèse, t. I, § **220**, note 11.
[4] Art. 370.
[5] Art. 402.
[6] Art. 511.
[7] Art. 384.
[8] Art. 309.
[9] Art. 216.
[10] Art. 218.
[11] C. civ., art. 2185-4°.
[12] Art. 556; C. civ., art. 66. Voy., sur les cas où la contrainte par corps a été maintenue par la loi du 22 juillet 1867, le tome IV de ce Traité.
[13] Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1300. Il n'est pas tenu de les signifier préalablement (Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1299).

§ **908**. [1] On ne désavoue pas le greffier qui n'est le mandataire d'aucune partie, mais l'auxiliaire et presque un membre du tribunal (Voy. t. I, § **211**); on peut seulement s'inscrire en faux (Voy. t, II, § **705**), si on l'accuse d'avoir

§ **909**. *a*. L'avoué, qui a chez nous la direction générale de la procédure[1], n'en est cependant pas le maître absolu.

§ **910**. *α*. Il faut distinguer, pour lui, trois sortes d'actes : 1° ceux qu'il peut faire en vertu du mandat général qu'il a reçu et sous la responsabilité qui incombe à tout mandataire, c'est-à-dire à peine de dommages-intérêts et de poursuites disciplinaires s'il y a une imprudence ou une négligence à lui reprocher[1], 2° ceux qu'il est présumé avoir le droit de faire, en vertu du même mandat, tant qu'il n'est pas démontré qu'il n'en avait pas le pouvoir ; 3° ceux qu'il ne peut faire qu'en vertu d'une procuration spéciale[2]. Ceux de la première classe sont valables et obligatoires pour la partie au nom de laquelle ils sont faits, à moins qu'ils ne contiennent des assertions mensongères qui lui permettent de les attaquer par l'inscription de faux[3]. Ceux de la seconde classe sont censés être l'expression de la volonté de cette partie, et, par conséquent, la lient[4] jusqu'à ce qu'elle ait fait juger, par la procédure spéciale du désaveu, qu'ils dépassent la portée du mandat qu'elle avait donné[5] : notable exception aux règles

dressé un procès-verbal mensonger d'une audience où il a tenu la plume, ou d'un acte du juge auquel il a coopéré (Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 539). Un notaire peut être désavoué en tant qu'il a rédigé et signifié un protêt ou un acte respectueux (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 54, et v° *Acte respectueux*, n° 28 ; Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 143 ; Bonnier, *Éléments de procédure civile*, n° 824, note 1 ; voy., sur cette attribution des notaires, *suprà*, § **568**, note 1). La commission de 1866 était d'avis d'appliquer le désaveu par une disposition expresse à tous les officiers ministériels (Greffier, *op. cit.*, p. 62). Peut-on désavouer un agréé ? Voy. t. I, § **285**, et *infrà*, § **1026**. Le projet de 1894 ne l'admet pas (*Loc. cit.*).

§ **909**. [1] Voy. t. I, § **218**.

§ **910**. [1] Voy., sur la responsabilité pécuniaire et disciplinaire de l'avoué, t. I, §§ **220**, **241** et suiv.

[2] Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 245 et suiv. Bonnier, *op. cit.*, n° 817.

[3] Bioche, *op. cit.*, v° *Désaveu*, n° 55. Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 261. Bonnier, *op. cit.*, n°s 818, note 1, et 820. Voy., sur l'inscription de faux, t. II, §§ **802** et suiv., et, sur l'analogie qui existe entre cette procédure et celle du désaveu, *infrà*, §§ **914** et **916**.

[4] Civ. cass. 12 déc. 1876 (D. P. 77. 1. 228).

[5] Voy., sur cette procédure, *infrà*, §§ **919** et suiv. Jusque-là ces actes sont valables, aussi bien pour la partie adverse que pour celle au nom de laquelle ils ont été faits, en sorte que ni elle, ni le ministère public, ni le tribunal ne peuvent exiger que l'avoué représente un pouvoir qui l'autorise à les faire : je reviendrai sur ce point au § **916**. Cette présomption existe dans les procédures qui se passent hors de l'audience comme dans les autres (Voy. notamment, pour les redditions de compte, req. 24 juill. 1840, D. A. v° *Compte*,

ordinaires du mandat, car le mandataire général ne peut faire que des actes d'administration, et le mandant n'a, pour n'être pas tenu des obligations contractées en son nom, qu'à affirmer que le mandataire a excédé ses pouvoirs[6]. Je me suis expliqué au § **220** sur les motifs de cette dérogation au droit commun. Quant aux actes de la troisième classe, on a vu au § **907** qu'ils sont nuls si l'avoué ne peut justifier de la procuration spéciale sans laquelle il n'a pu les faire. Il est parfois difficile de dire si un acte appartient à l'une ou à l'autre de ces trois catégories; mais, en soi, cette division des actes de procédure est absolument certaine. La distinction de ceux qui exigent à peine de nullité une procuration spéciale, et de ceux que l'avoué peut faire en vertu de son mandat général, résulte des textes cités au § **907**, où l'on trouve l'énumération limitative des actes qui doivent être, à peine de nullité, signés de la partie ou de son fondé de pouvoir spécial. Il n'y a de difficulté que pour l'acquiescement et pour les demandes de distraction et de conversion en matière de saisie immobilière : je renvoie la solution de ces questions aux tomes IV et VII de ce Traité. La distinction des actes que l'avoué a le droit de faire sans s'exposer au désaveu, et de ceux à raison desquels il peut être désavoué, a été nettement formulée, lors des travaux préparatoires du Code de procédure, dans les Observations du Tribunat qui demandait qu'une disposition formelle réservât le désaveu pour les cas « où l'avoué « aurait besoin d'être spécialement autorisé », à l'exclusion de ceux « où il pourrait agir en vertu de sa seule constitu- « tion »[7]. L'article 352, qui fait droit à cette observation,

n° 100 : et, sur cette procédure, *infrà*, § **1221**) ; et dans les affaires où le ministère de l'avoué est facultatif comme dans celles où il est obligatoire (Req. 1er mai 1861, D. P. 61. 1. 213 ; voy., sur les cas où l'on peut se passer du ministère de l'avoué, t. I, § **217**). La partie qui charge un avoué de se constituer, en lui annonçant qu'il recevra dans quelques jours les renseignements nécessaires pour suivre l'instance, ne limite pas ainsi son mandat général, et ne peut le désavouer à raison des actes qui rentrent naturellement dans l'exercice de ce mandat (Req. 13 juill. 1897 ; D. P. 98. 1. 187). J'ajoute que l'intérêt étant la mesure des actions (Voy. t. I, § **296**), le désaveu suppose nécessairement un acte qui aît causé un préjudice au demandeur : au cas contraire, il n'est pas recevable (Req. 10 nov. 1890, D. P. 91. 5. 170, S. 91. 1. 149; req. 2 déc. 1891, D. P. 92. 1. 475, S. 93. 1. 30 ; Alger, 16 avr. 1894, D. P. 95. 2. 313 ; trib. d'Yvetot, 17 janv. 1896, D. P. 96. 2. 174).

[6] Voy., pour plus de détails sur cette particularité du mandat de l'avoué, t. I, § **220**.

[7] Locré, *op. cit.*, t. XXI, p. 488 et suiv.

n'offre pas toute la précision désirable, mais rien n'est plus clair que la pensée qui l'a inspiré : autoriser les parties à désavouer leurs avoués en toute occasion, ce serait mettre ces derniers dans la nécessité d'exiger un pouvoir spécial pour les actes les plus usuels et les plus insignifiants de leur ministère; l'expédition des affaires deviendrait impossible, et l'utilité pratique du mandat *ad litem* disparaîtrait presque entièrement[8].

§ **911**. β. Faut-il prendre l'article 352 à la lettre quand il dit qu' « aucunes offres, aucun aveu ou consentement ne « pourront être faits, donnés ou acceptés sans un pouvoir « spécial, à peine de désaveu », regarder cette énumération comme limitative, n'admettre le désaveu que dans les cas qui y sont compris, et, en toute autre occasion, tenir les actes de l'avoué pour valables sous réserve des poursuites disciplinaires et de l'action en dommages-intérêts[1]?

L'accord paraît fait sur plusieurs points. 1° Il n'y a matière à désaveu ni contre l'avoué qui n'a fait aucun acte, mais seulement négligé de former un chef de demande, d'y répondre, ou d'invoquer une déchéance[2]. 2° Il en est de même s'il a fait des actes nécessairement compris dans son mandat général, comme un dépôt de conclusions, un acte interruptif de péremption, ou l'abandon d'un acte nul en vue de le remplacer par un autre[3]. 3° On doit assimiler aux offres, aveux

[8] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 4 et 27. Carré, *op. cit.*, t. III, § CCXCIV, et quest. 1301. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1301. Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 253. Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 144 et 145.

§ **911**. [1] Cette thèse est très nettement formulée dans les motifs de deux arrêts : Caen, 12 mai 1846 (D. P. 47. 2. 15); Colmar, 25 déc. 1852 (D. P. 56. 2. 6). Ils en tirent : le premier, une conséquence que je crois exacte, mais à laquelle on peut arriver en partant d'un autre principe (Voy. la note suivante); le second, une conséquence qui me paraît absolument erronée (Voy. *infrà*, note 19). Voy. aussi, dans le même sens, trib. d'Yvetot, 17 janv. 1896 (D. P. 96. 2. 174). Aj. sur les actes formellement compris dans l'article 352, civ. rej. 29 déc. 1886 (D. P. 87. 1. 229); req. 8 mars 1886 (D. P. 87. 1. 278); Alger, 16 avr. 1894 (D. P. 95. 2. 313).

[2] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 44 et 46. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1297 et 1301 *bis*. Req. 11 oct. 1810; Bourges, 10 août 1817 (D. A. v° *Désaveu*, n° 35). Caen, 12 mai 1846 (D. P. 47. 2. 15). Il en est de même de l'avoué qui a déclaré s'en rapporter à justice : il n'a fait, en réalité, qu'abandonner la défense de son client (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 43; Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1291; Paris, 13 mars 1810, D. A. *v° et loc. cit.*).

[3] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 34 et 35. Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1297. Rodière,

et consentements la renonciation au droit d'opposer une nullité ou déchéance, la délation de serment, et l'offre de preuve testimoniale qui expose celui qui la fait à la contr'enquête et aux conséquences qui peuvent en résulter[4]. 4° Sont sujets à désaveu, sans constituer, à proprement parler, une offre, un aveu, un consentement, ou l'acceptation d'une offre, d'un aveu ou d'un consentement, d'autres actes qui offrent une gravité presque égale, et qui ne doivent pas lier une partie malgré elle, comme une élection de domicile, une demande incidente qu'elle n'avait pas ordonné de former, la résistance à une prétention qu'elle avait donné mandat d'accueillir, ou la réception d'un paiement par un avoué qui n'était chargé que de poursuivre le recouvrement de la créance[5].

Il y a plus de difficulté : 1° pour les actes qui, indifférents à la partie adverse, ne soulèvent de contestation qu'entre un avoué et son client; 2° pour ceux où l'avoué a faussement donné à sa partie une qualité de nature à lui porter préjudice. Faut-il recourir au désaveu, ou suffit-il d'exciper du défaut de mandat, pour refuser le paiement à son avoué des frais qu'il a faits sans en avoir reçu l'ordre[6]? Peut-on désavouer, ou doit-on se borner à poursuivre en paiement de dommages-intérêts

op. cit., t. II, p. 145. Bruxelles, 4 therm. an XIII (D. A. *v° cit.*, n° 72). Civ. cass. 13 juill. 1847 (D. P. 47. 1. 254). Voy. cep. Montpellier, 16 juill. 1844 (D. P. 45. 2. 87). A plus forte raison n'y a-t-il pas lieu à désaveu, lorsqu'un avoué n'a pas précisément fait d'acte de procédure, mais seulement remis à son confrère, comme renseignement purement personnel, une note non signée (Dijon, 1er mai 1892; D. P. 94. 2. 139).

[4] Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 144. Agen, 27 avr. 1844 (D. A. v° *Avoué*, n° 146). Besançon, 23 févr. 1827 (D. A. v° *Désaveu*, n° 50). Bordeaux, 5 déc. 1831 (D. A. *v° cit.*, n° 76). Nîmes, 12 janv. 1848 (D. P. 49. 5. 112). Rennes, 6 août 1849 (D. P. 51. 2. 136). Comp., sur la contr'enquête, *suprà*, § **837**; et, sur les conséquences possibles de la délation d'un serment décisoire, *suprà*, §§ **879** et **880**.

[5] Rodière, *op. et loc. cit.* Colmar, 18 avr. 1806 (D. A. v° *Avoué*, n° 232). Rennes, 18 déc. 1820 (D. A. v° *Domicile élu*, n° 17). Bourges, 27 juin 1831 (D. A. v° *Avoué*, n° 200). Aj. Paris, 22 juill. 1815 (D. A. *v° cit.*, n° 93); Aix, 22 mars 1821 (D. A. v° *Désaveu*, n° 82); civ. cass. 23 juill. 1828 (D. A. v° *Avoué*, n° 201); Bordeaux, 31 mai 1839 (D. A. *v° cit.*, n° 139); c. cass. de Belgique, 25 avr. 1845 (D. P. 46. 2. 209). Il en est de même si l'avoué a, sans pouvoir spécial, admis des tiers à intervenir dans un partage; mais l'action en désaveu a été rejetée dans cette hypothèse — et ces solutions peuvent être généralisées — parce que l'avoué avait demandé à ce sujet des instructions qui ne lui avaient pas été données, et qu'en outre, cette intervention n'avait causé aucun préjudice à sa partie (Civ. cass. 27 déc. 1892, D. P. 93. 1. 222, S. 93. 1. 187; voy. sur l'intervention, *infrà*, §§ **928** et suiv.).

[6] Voy., sur les demandes en paiement de frais, *infrà*, §§ **1202** et suiv.

celui qui, dans un acte signifié au nom de son client, lui a attribué la qualité d'héritier pur et simple, alors qu'en réalité il était héritier bénéficiaire ou jouissait encore du délai pour faire inventaire et délibérer[7]? Je décide, sur le premier point, qu'on n'est pas tenu de recourir aux formes du désaveu, attendu que les articles 352 et suivants, particulièrement les articles 360 et 361, supposent tous cette procédure exercée au sujet d'un acte de nature à mettre en jeu l'intérêt d'un tiers[8]; mais je pense que l'avoué s'expose au désaveu en donnant à son client une qualité qu'il n'a pas, et qui peut lui être préjudiciable : une déclaration aussi grave ne rentre pas dans le mandat général de l'avoué, et il est dans l'esprit, sinon dans les termes de l'article 352, qu'elle puisse être contestée par la voie du désaveu[9].

§ **912**. *b*. La question de savoir si cette procédure s'applique aux actes des huissiers n'a jamais été sérieusement controversée. L'ancienne jurisprudence l'avait déjà résolue affirmativement[1], et les Observations du Tribunat ne laissent aucun doute sur les intentions conformes des rédacteurs du Code de procédure[2]. « Le désaveu n'a trait, dit le Tribunat, « qu'aux officiers ministériels qui ont nui à leur partie en « excédant leur pouvoir; l'objet du titre est de fournir à la « partie lésée le moyen de se rédimer du tort qui lui a été « porté par le fait indiscret de l'officier ministériel : les règles « posées sont communes aux avoués et aux huissiers »[3]. Par le fait, les raisons ne manquent pas pour traiter de même le mandat *ad litem* de l'huissier et celui de l'avoué : il est à présumer que la partie leur a donné, à l'un comme à l'autre, le pouvoir de faire tous les actes de leur ministère dans l'af-

[7] Voy., sur les conséquences possibles de cette erreur, t. II, § **769**.

[8] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 36. Req. 23 juin 1835 (D. A. v° *Désaveu*, n° 49). *Contrà*, Bordeaux, 31 mai 1839 (D. A. v° *Avoué*, *loc. cit.*).

[9] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 31. Paris, 21 juin 1828 (D. A. v° *Désaveu*, n° 26). *Contrà*, Colmar, 29 déc. 1852 (D. P. 52. 2. 6); trib. de Tarascon, 22 févr. 1861 (D. A. *v° cit.*, supp., n° 7).

§ **912**. [1] Pothier, *Du mandat*, n°s 128 et 129.

[2] Quoique le tribun Périn présente le désaveu comme se référant exclusivement aux actes des avoués (Dans Locré, *op. cit.*, t. XXI, p. 626).

[3] Locré, *op. cit.* t. XXI, p. 488.

faire dont elle les chargeait; tous deux sont officiers ministériels, méritent la même confiance, et ont droit aux mêmes égards[4]. Il est, d'ailleurs, sous-entendu que les huissiers ne sont sujets au désaveu que comme les avoués et dans les mêmes cas, c'est-à-dire à raison des actes qu'ils sont présumés avoir mandat de faire, et non pas de ceux qu'ils ont le droit de faire en vertu de leur mandat général, ou qu'ils ne peuvent faire, à peine de nullité, qu'en vertu d'une procuration spéciale[5]. On ne peut donc désavouer, on ne peut qu'actionner, s'il y a lieu, à fin de dommages-intérêts l'huissier qui, en vertu des pièces qui lui ont été remises et en exécution de l'article 556, a instrumenté, signifié, ou fait sommation, commandement ou saisie mobilière[6]. On n'a pas besoin de désavouer celui qui a procédé, sans pouvoir spécial, aux actes qui en exigeaient un à peine de nullité en vertu du même article : à savoir la saisie immobilière, ou l'arrestation d'un débiteur contraignable par corps[7]. Un aveu, des offres, la demande ou la concession d'un délai, l'acceptation de l'aveu ou des offres du débiteur contre lequel il est chargé d'instrumenter : tels sont les actes d'huissier au sujet desquels

[4] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 47 et 52. Carré, *op. cit.*, t. III, n° CCXCIV. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*, note 1. Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 259 et suiv. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 143. Bonnier, *op. cit.*, n° 813. Grenoble, 3 déc. 1855 (D. P. 56. 2. 278). Civ. cass. 12 déc. 1876 (D. P. 77. 1. 228). Comp., sur la raison d'être de l'action en désaveu, t. I, § **220**, et le § précédent. On a vu au § **908**, note 1, que la commission de 1866 proposait de supprimer par une disposition formelle toutes les difficultés qui se sont élevées à ce sujet.

[5] Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1297. Comp., sur cette distinction, *suprà*, § **910**.

[6] Paris, 4 févr. 1808; Bruxelles, 21 juin 1814 (D. A. v° *Huissier*, n° 35). Metz, 28 août 1821 (D. A. v° *Avoué*, n° 133). Rouen, 22 juill. 1843 (D. A. v° *Désaveu*, n° 75) et 17 juin 1844 (D. A. v° *cit.*, n° 52). L'huissier auquel un créancier remet un titre exécutoire a, par cela même, qualité pour recevoir le paiement du débiteur (Colmar, 25 janv. 1820, D. A. v° *Huissier*, n° 37; req. 3 déc. 1838, D. A. v° *Obligations*, n° 3106; Bastia, 24 août 1840, D. A. v° *Désaveu*, n° 53). Toutefois, cette règle n'est pas absolue (Voy. Bourges, 29 mars 1814, D. A. v° *Obligations*, n° 2076; Bruxelles, 26 févr. 1817, D. A. v° *Huissier*, *loc. cit.*, et la note suivante).

[7] Voy., sur cette partie de l'article 556, *suprà*, § **907**; et, sur les cas où la contrainte par corps peut s'exercer aujourd'hui, le tome IV. Faut-il aller plus loin et regarder le désaveu comme inutile, quand l'huissier a fait sans procuration spéciale un acte qui excède manifestement ses pouvoirs, accepté, par exemple, un paiement en effets de commerce? Voy., sur ce point, Rodière, *op. et loc. cit.*; req. 3 août 1840 (D. A. v° *Désaveu*, *loc. cit.*; comp. sur le droit pour l'huissier de recevoir un paiement, la note précédente).

la procédure du désaveu est à la fois admissible et nécessaire[8]. Enfin, l'huissier qui a reçu un acte tout fait des mains de l'avoué n'est pas responsable de son contenu et, par conséquent, des déclarations sujettes à désaveu qui peuvent s'y trouver[9], et c'est contre l'avoué que cette procédure doit être dirigée, à moins que l'huissier ne se soit concerté frauduleusement avec lui, auquel cas ils seraient désavoués ensemble[10].

§ **913**. *c.* Quelque officier ministériel qu'on désavoue, trois conditions sont requises pour la recevabilité de cette demande[1]. 1° Il faut n'avoir pas autorisé l'acte qu'on prétend désavouer : l'avoué et l'huissier échappent donc au désaveu, soit en produisant un pouvoir authentique ou sous seing privé ou même donné par une simple missive, soit en prouvant par témoins l'existence d'un mandat verbal dans le cas où la matière n'excéderait pas 150 francs[2]. 2° Il faut n'avoir pas ratifié l'acte fait sans mandat préalable[3], et cette rati-

[8] Rodière, *op. et loc. cit.* Bordeaux, 3 avr. 1832 (D. A. v° *Obligations*, n° 3067). *Quid* de l'acquiescement? Voy. le tome VII.

[9] Voy., sur ce point, t. II, § **508**. Il en est autrement des nullités de cet acte : l'huissier seul a qualité pour le rédiger, et répond toujours des irrégularités qui peuvent s'y rencontrer (Voy. *ib.*).

[10] Bruxelles, 7 juill. 1820 (D. A. v° *Désaveu*, n° 12). *Contrà*, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 33.

§ **913**. [1] A supposer, bien entendu, que l'acte désavoué présente lui-même les caractères indiqués aux deux §§ précédents. Faut-il ajouter une quatrième condition, à savoir que l'officier ministériel ait commis une faute grave? La cour d'Orléans l'a posé en principe dans un arrêt du 10 juillet 1813 (D. A. *v° cit.*, n° 72), mais cela me paraît inexact en théorie, car : 1° si légère et excusable que puisse être l'erreur de l'officier ministériel qui s'est cru autorisé à signifier tel ou tel acte, à passer telle ou telle déclaration, ce n'est pas une raison pour en faire retomber les conséquences sur son client qui n'a pas la moindre imprudence à se reprocher; autre chose est l'action disciplinaire dont il ne faut pas se montrer prodigue, et qu'il convient de réserver pour les cas qui offrent une certaine gravité; autre chose, l'action en dommages-intérêts qui ne suppose qu'un préjudice pour le demandeur et une faute de la part du défendeur; or l'action en désaveu, étant, lorsqu'elle est nécessaire, le seul moyen d'obtenir réparation du dommage causé par l'excès de pouvoir de l'officier ministériel, ne peut être traitée, sous ce rapport, autrement que l'action en dommages-intérêts (Voy., sur l'action disciplinaire, t. I, § **150**; et, sur les conditions de la responsabilité des officiers ministériels, t. II, § **508**).

[2] Bruxelles, 9 févr. 1822 (D. A. *v° cit.*, n° 55). Civ. cass. 14 juill. 1851 (D. P. 51. 1. 199). Orléans, 8 janv. 1853 (D. P. 55. 2. 78). Voy., sur les cas où la preuve testimoniale est admissible, *suprà*, §§ **850** et suiv.

[3] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 18. Carré, *op. cit.*, t. III, p. 247. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1319 *quater*. Bourbeau, *op. cit.*, t. IV, p. 288 et 291. Rennes,

tication peut résulter de l'exécution volontaire de l'acte désavoué et du jugement qui en a été la conséquence[4]. On ratifie les offres réelles en consignant la somme offerte; l'aveu, en payant spontanément ou après un jugement de condamnation la dette dont l'avoué ou l'huissier a reconnu l'existence; le paiement, en acceptant de l'officier ministériel les fonds qu'il a lui-même reçus du débiteur[5]. On ratifie encore les déclarations de l'avoué quand, présent à l'audience, on ne se hâte pas de réclamer contre elles[6]; mais ce principe, incontestable en soi, ne saurait être appliqué avec trop de prudence, et la partie ignorante, inexpérimentée, ou surprise par une déclaration dont elle n'aura pas saisi du premier coup toute l'importance, ne sera pas exclue du désaveu par cela seul qu'elle n'aura pas immédiatement protesté[7]. 3° L'intérêt est la mesure de cette action comme des autres[8]; elle n'est donc pas recevable si l'acte n'a pas été préjudiciable au demandeur[9]. Les faits avoués étaient constants ou déjà reconnus[10] — la prétention à laquelle l'avoué ou l'huissier a renoncé n'était pas soutenable[11] — le système de défense dont l'avoué a pris l'ini-

17 août 1818 (D. A. *v° cit.*, n° 16). Nancy, 27 août 1831 (D. A. *v° cit.*, n° 56). Req. 20 juin 1834 (D. A. *v° cit.*, n° 69). Rouen, 17 juin 1844 (D. A. *v° cit.*, n° 52). Req. 25 juin 1844 (D. A. *v° cit.*, n° 75). Grenoble, 3 déc. 1855 (D. P. 56. 2. 278). Bordeaux, 24 oct. 1872 (D. P. 74. 5. 160). Cette ratification ne peut émaner valablement que d'une partie capable ou dûment habilitée (Bioche, *op.*, *v° et loc. cit.*; req. 7 avr. 1808, D. A. *v° cit.*, n° 58; civ. cass. 26 avr. 1824, D. A. *v° cit.*, n° 59; req. 26 mars 1834, D. A. *v° cit.*, n° 69; Liège, 9 avr. 1835, D. A. *v° cit.*, n° 58).

[4] On ne doit pas la présumer facilement (Paris, 12 avr. 1806; D. A. *v° cit.*, n° 62), et les actes d'où elle peut résulter sont soumis à l'appréciation souveraine des juges du fond (Civ. rej. 13 août 1827; D. A. *v° cit.*, n° 64).

[5] Bioche, *op.*, *v° et loc. cit.*, et n° 20. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Rennes, 17 août 1818 (D. A. *v° cit.*, n° 16). Nancy, 27 août 1831 (D. A. *v° cit.*, n° 56). Req. 20 juin 1834 (D. A. *v° cit.*, n° 69). Voy. cep. Paris, 22 juill. 1815 (D. A. v° *Avoué*, n° 93).

[6] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 22. Bruxelles, 29 juin 1808 (D. A. v° *Désaveu*, n° 66). Besançon, 4 août 1808; req. 29 déc. 1817 (D. A. *v° cit.*, n° 65). Req. 1er avr. 1824 (D. A. *v° cit.*, n° 66). Req. 8 déc. 1829 (D. A. v° *Obligations*, n° 5278).

[7] Bioche, *op.*, *v° et loc. cit.*

[8] Voy., sur ce principe, t. I, § **296**.

[9] Voy., sur l'application de ce principe en matière de désaveu, Paris, 4 févr. 1808 (D. A. v° *Huissier*, n° 35); req. 16 janv. 1819, 26 mars 1834 et 22 juin 1837 (D. A. v° *Désaveu*, n° 69; req. 10 nov. 1890 (S. 91. 1. 149); et les arrêts cités aux notes suivantes.

[10] Req. 19 janv. 1819 (D. A. *v° et loc. cit.*). Nîmes, 18 juill. 1827 (D. A. *v° cit.*, n° 68). Aj. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 42; Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1297.

[11] Bruxelles, 29 oct. 1818 (D. A. *v° cit.*, n° 45). Aj. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 41.

tiative était, en fait, le meilleur qu'il pût choisir[12] — la partie adverse a déclaré ne pas vouloir profiter de l'aveu qui lui est favorable[13] — il n'est pas prouvé que cet aveu ait servi de base au jugement, et que, sans lui, le désavouant eût eu gain de cause[14] — l'avoué s'est désisté de l'action résolutoire que le vendeur l'avait chargé d'intenter pour défaut de paiement du prix, mais l'acheteur est solvable et le paiement du prix assuré quand même[15] : dans tous ces cas, qui ne sont que des exemples[16], les tribunaux ont écarté, pour défaut d'intérêt, l'action en désaveu portée devant eux[17].

§ **914**. *d*. L'article 352 n'applique le désaveu qu'aux actes par lesquels un officier ministériel excède le mandat général dont il est porteur, et l'on a jugé anciennement que cette procédure n'a pas trait au cas plus grave d'un huissier ou d'un avoué qu'on accuse, l'un d'avoir instrumenté, l'autre d'avoir occupé sans mandat; qu'il suffit alors, comme à l'égard d'un simple mandataire[1], d'affirmer qu'il a agi sans pouvoir; et que c'est à lui, ou aux tiers qui se prévalent de ses actes, à démontrer qu'il avait qualité pour les faire. Non-seulement, a-t-on dit, la loi ne prescrit pas dans cette hypothèse l'emploi de cette procédure spéciale, mais encore elle a bien fait de l'écarter, car, s'il est bon qu'une partie ne puisse pas accuser sans preuves un officier ministériel d'avoir abusé de son mandat, cela n'est vrai qu'autant qu'elle l'a choisi et honoré de sa confiance; sinon, elle a le droit de le traiter comme un étranger et, qui plus est, comme un

[12] Req. 20 juin 1834 (D. A. *v° cit.*, n° 69).

[13] Turin, 20 mai 1809 (D. A. *v° cit.*, n° 129). Req. 22 juill. 1829 (D. A. *v° cit.*, n° 69). Req. 12 août 1841 (D. A. *v° cit.*, n° 128). Aj. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 40.

[14] Besançon, 4 août 1808 (D. A. *v° cit.*, n° 65) et 31 juill. 1811 (D. A. *v° cit.*, n° 69). Req. 14 févr. 1870 (D. P. 71. 1. 24). Aj. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 38.

[15] Lyon, 30 juin 1831 (D. A. v° *Désistement*, n° 141). Aj. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 45; Carré, *op. et loc. cit.*

[16] Voy. aussi les arrêts cités *suprà*, note 9. Les décisions de cette espèce sont souveraines et échappent à la censure de la cour de cassation (Req. 19 janv. et 16 nov. 1819, 1er juill. 1829, 26 mars et 20 juin 1834, 22 juin 1837; D. A. v° *Désaveu*, *loc. cit.*).

[17] Un officier ministériel n'échappe pas à l'action en désaveu, en alléguant qu'il n'est pas certain que la partie adverse voudra profiter de l'acte désavoué : il faut, pour n'être pas désavoué, qu'il démontre immédiatement que le demandeur est sans intérêt (Bruxelles, 25 sept. 1821; D. A. *v° cit.*, n° 121).

§ **914**. [1] Voy. t. I, § **220**.

intrus[2]. Cette opinion, depuis longtemps abandonnée, ne devait pas prévaloir. Outre qu'elle était déjà condamnée par l'ancienne jurisprudence[3], elle est contraire à l'esprit de l'article 352 : quoi que fasse un officier ministériel, la même présomption milite en sa faveur, car, s'il est improbable qu'il soit sorti de son mandat, il est encore plus invraisemblable qu'il se soit immiscé dans une affaire dont il n'était aucunement chargé[4]. Cette situation ressemble un peu à celle du porteur d'un acte authentique contre qui l'on doit procéder par inscription de faux, soit pour contredire les déclarations que le rédacteur de cet acte y a faites *de visu et de auditu*, soit même pour en contester le caractère authentique et pour prétendre qu'il est l'œuvre d'un faussaire[5]. Cette difficulté ne se présentera pas pour la constitution d'avoué contenue dans l'exploit d'ajournement; car, si le demandeur a donné l'ordre de la faire, son désaveu n'est plus recevable, et, si l'huissier en a pris l'initiative, c'est à lui et non pas à l'avoué que le désaveu doit s'adresser[6]; mais il n'y aura pas d'autre moyen de faire juger : 1° qu'un avoué s'est constitué sans mandat au nom du défendeur, ou au nom d'une partie quelconque si la procédure ne débute pas par un exploit d'ajournement[7]; 2° qu'il a continué d'occuper après avoir été révoqué[8]; 3° qu'un

[2] Rennes, 13 févr. 1818 (D. A. v° *Mariage*, n° 884).

[3] Imbert, *Pratique judiciaire*, liv. I, ch. XVIII, n° 40 (P. 120). Pothier, *op. cit.*, n°s 128 et 130.

[4] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 9 et suiv. Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1298 *ter*. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, supp., quest. 1298 *ter*. Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 254 et suiv. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 540. Bruxelles, 29 mai 1833 (D. A. v° *Désaveu*, n° 33). Bordeaux, 31 mai 1839 (D. A. v° *Avoué*, n° 139). Besançon, 12 avr. 1892 (D. P. 94. 2. 196).

[5] Comp. t. II, § **705**.

[6] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 9, et v° *Avoué*, n° 136. Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 256. Rennes, 21 juill. 1816 et 9 mars 1818 (D. A. v° *Désaveu*, n° 43). Bruxelles, 21 sept. 1831; Bordeaux, 21 mai 1839 (D. A. v° *Avoué, loc. cit.*). Le désaveu n'est pas davantage applicable : 1° aux officiers ministériels que le tribunal a requis d'instrumenter, alors qu'ils refusaient de le faire sans son ordre exprès (Bioche, *op. cit.*, v° *Désaveu*, n° 12; voy., sur l'obligation où sont les officiers ministériels de prêter leur ministère aux parties qui le réclament, t. I, § **226**); 2° aux officiers ministériels qui ont été commis dans une affaire d'assistance judiciaire (Voy., sur l'assistance judiciaire, t. II, § **545**).

[7] Voy. les arrêts cités *suprà*, note 4. Une procédure qui ne débute pas par un exploit d'ajournement, c'est, par exemple, une saisie (Voy. le tome IV).

[8] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 13. Carré, *op. et loc. cit.* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Je rappelle que l'avoué révoqué et non remplacé ne peut plus faire valablement aucun acte de procédure, mais que les actes faits contre son

huissier s'est livré sans mandat aux actes de son ministère[9]. A l'officier ministériel ainsi désavoué de justifier du pouvoir qu'il dit avoir reçu : il lui suffira généralement de prouver que les pièces relatives à l'affaire lui ont été remises par la partie ou par son fondé de procuration[10], et le mandat ainsi donné vaudra, sauf révocation[11], pour toute la durée de l'affaire[12], et même pour le successeur de l'officier ministériel qui l'aura reçu[13].

§ 915. *e.* La situation de l'avocat est très délicate : s'il émet ou s'il accepte dans sa plaidoirie une offre, un aveu ou un consentement, s'il fait, en un mot, les actes qu'on a vus au § **911** exposer au désaveu l'avoué qui les ferait sans

client sont réguliers tant que celui-ci n'a pas constitué un nouvel avoué (Voy. *suprà*, § **672**).

[9] Paris, 4 févr. 1808 (D. A. v° *Huissier*, n° 35). Rouen, 27 juill. 1843 (D. A. v° *Désaveu*, n° 75) et 17 juill. 1844 (D. A. v° *cit.*, n° 52).

[10] Agen, 10 juill. 1807 (D. A. *Vente publique d'immeubles*, n° 1281). Grenoble, 9 déc. 1815 (D. A. v° *Avoué*, n° 139). Bruxelles, 29 oct. 1818 (D. A. v° *Désaveu*, n° 45). Metz, 28 août 1821 (D. A. v° *Avoué, loc. cit.*). Cons. d'Ét. 22 déc. 1824 (D. A. v° *Avocat*, n° 540) et 21 juin 1826 (D. A. v° *Conseil d'État*, n° 374). Civ. rej. 13 août 1827 (D. A. v° *Désaveu*, n° 64). Bruxelles, 21 sept. 1831 (D. A. v° *Avoué*, *loc. cit.*). Poitiers, 26 févr. 1879 (D. P. 79. 2. 115). La remise frauduleuse des pièces par un tiers non autorisé par la partie ne constitue pas un pouvoir suffisant pour l'officier ministériel qui en est porteur (Lyon, 1er avr. 1824; D. A. v° *Désaveu*, n° 40), et, toutes les fois qu'il y a doute sur l'existence du mandat qui lui a été donné, il est tenu d'en compléter la preuve (Rennes, 15 avr. 1816, D. A. v° *Avoué*, n° 142; Riom, 19 août 1826, D. A. v° *cit.*, n° 237; Caen, 28 mai 1828, D. A. v° *Désaveu*, n° 38). Il peut même arriver qu'un pouvoir exprès soit indispensable : si, par exemple, un des demandeurs vient, au cours de l'instance, à succéder à l'un des défendeurs, ou *vice versâ*, l'avoué qu'il avait constitué dans sa première qualité ne le représente pas de plein droit dans sa seconde (Dijon, 6 mai 1831; D. A. v° *Avoué*, n° 148). Par contre, la remise des pièces du procès par l'une des parties à l'avoué peut être considérée comme donnant pouvoir à ce dernier d'occuper non-seulement pour cette partie mais encore pour ses consorts, surtout si on les considère comme ayant ratifié ce que l'avoué a fait en leur nom en ne le désavouant pas immédiatement (Req. 8 mars 1886; D. P. 87. 1. 278).

[11] Voy., sur la révocation de l'avoué pendant l'instance, et sur l'effet très limité qu'elle produit quand l'avoué révoqué n'est pas immédiatement remplacé, t. II, § **672**, et même §, note 8.

[12] Voy., sur l'application de cette règle, l'article 1038 : « Les avoués qui ont « occupé dans les causes où il est intervenu des jugements définitifs seront tenus « d'occuper dans l'exécution de ces jugements sans nouveau pouvoir, pourvu « qu'elle ait lieu dans l'année de la prononciation des jugements » ; Carré, *op. et loc. cit.*; req. 1er août 1810 (D. A. v° *cit.*, n° 84); Bruxelles, 25 sept. 1821 (D. A. v° *Désaveu*, n° 121); c. cass. de Belgique, 25 avr. 1845 (D. P. 46. 2. 209 ; civ. rej. 12 mars 1860 (D. P. 60. 1. 132).

[13] Grenoble, 9 déc. 1815 (D. A. v° *Avoué*, n° 139). Paris, 11 nov. 1828 (D. A. v° *Désaveu*, n° 31).

pouvoir spécial, devra-t-il lui-même être désavoué? ou bien ses déclarations tomberont-elles devant cette simple affirmation, qu'il n'avait pas mandat pour les faire? Cette dernière opinion, qui avait déjà prévalu dans notre ancien droit[1], doit encore être suivie à l'heure actuelle[2]. Ce n'est pas, bien entendu, que l'avocat mérite moins de créance qu'un officier ministériel, mais c'est qu'il n'est pas, juridiquement parlant, le mandataire de son client : il ne le représente pas, il le défend; il soutient ses conclusions, mais il ne peut ni les changer, ni les amplifier, ni les restreindre, et, s'il l'a fait à dessein ou par imprudence, ses déclarations n'ont pas plus de valeur que les agissements d'un tiers étranger au procès[3]. Si l'avoué qui assiste à la plaidoirie proteste aussitôt contre une déclaration qu'il juge compromettante, il en détruit instantanément tout l'effet[4]. S'il garde le silence, il la fait sienne et s'expose lui-même au désaveu[5]. S'il n'est pas à la barre au moment où l'avocat porte la parole, le tribunal, qui ne doit juger les parties que sur leurs conclusions, ne tient aucun compte des déclarations qui les contredisent ou les dépassent[6]; et, si, par impossible, il y ajoutait foi et s'y con-

§ **915.** [1] Ferrière, *op. cit.*, v° *Avocat*, Duparc-Poullain, *op. cit.*, t. VIII, p. 149. Arrêt du parlement de Paris, 21 janv. 1770 (Dans Ferrière, *op. et v° cit.*). *Contrà*, Rodier, *op. cit.*, p. 576.

[2] Merlin, *op. cit.*, v° *Avocat*, §§ VIII, n° 2; XVI, n° 1. Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1295 et 1298. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 273 et suiv. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 539. Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 144. Bonnier, *op. cit.*, n° 814. Req. 29 juill. 1817 (D. A. *v° cit.*, n° 65). *Contrà*, req. 16 mars 1814 (D. A. *v° cit.*, n° 17); crim. cass. 11 août 1827 (D. A. *v° cit.*, n° 90); Montpellier, 2 juin 1890 (D. P. 92. 2. 140). D'après une opinion intermédiaire, l'avocat qui aurait commis un dol serait seul sujet au désaveu (Rennes, 17 août 1818, D. A. *v° cit.*, n° 16; Colmar, 22 déc. 1820, D. A. *v° cit.*, n° 59).

[3] Voy., sur le rôle de l'avocat, t. I, §§ **250** et suiv.

[4] Merlin, *op.*, *v° et loc. cit.* Carré. *op. et loc. cit.* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit.*

[5] Civ. cass. 26 avr. 1824 (D. A. *v° et loc. cit.*). Req. 9 déc. 1829 (D. A. v° *Obligations*, n° 5278).

[6] Rouen, 13 janv. 1826 (D. A. *v° cit.*, n° 2646). On lit quelquefois dans les jugements : « Attendu que l'avocat de X a renoncé au moyen tiré de..., et que, « par suite, il est inutile d'y statuer ». Rien de mieux, si le motif énoncé sous cette forme, ou dans une phrase analogue, signifie que le tribunal prend acte de ce que l'avocat a renoncé à tel ou tel moyen : l'avocat a le choix de ses arguments, et n'est pas tenu d'employer tous ceux que l'avoué a cru bon d'invoquer dans ses conclusions. S'il s'agit, au contraire, d'un chef de demande ou d'un moyen de défense proprement dit auquel l'avoué ait déclaré renoncer, il y a quelque chose d'inexact à faire figurer dans la rédaction du jugement une déclaration que l'avocat n'avait pas le droit de faire, et qui n'a de valeur que

formait dans son jugement, il resterait à la partie le droit d'intenter une action en dommages-intérêts contre l'avocat, et de le déférer, au besoin, à l'autorité disciplinaire[7].

§ **916**. Il résulte des explications qui précèdent que l'action en désaveu est à la fois admissible et nécessaire pour faire juger : 1° qu'un officier ministériel a occupé ou instrumenté sans pouvoir; 2° qu'il s'est livré, en vertu du mandat général qui lui était confié, à des actes qui exigeaient un pouvoir spécial, mais pour lesquels il est présumé avoir eu ce pouvoir, tant qu'on n'a pas fait la preuve contraire au moyen du désaveu. L'acte qu'il a fait rentrait-il dans son mandat général? Le désaveu n'est pas admissible. Cet acte exigeait-il, à peine de nullité, une procuration spéciale? Le désaveu n'est plus nécessaire[1]. L'action en désaveu ne peut être exercée que par la partie au nom de laquelle l'acte a été fait, et qu'on appelle dès lors le désavouant; l'acte sujet à désaveu est valable tant que cette action n'a pas été intentée et couronnée de succès[2]. Elle est dirigée contre l'officier ministériel qui devient ainsi le désavoué : peu importe qu'il soit encore en charge ou qu'il ait résigné ses fonctions[3]; ses héritiers peuvent même être désavoués après sa mort[4], car les peines criminelles ou disciplinaires, que le désaveu peut entraîner à sa charge, ne sont pas le but principal de cette procédure[5] : elle tend surtout à la nullité de l'acte désavoué, et aux dommages-intérêts qui peuvent aussi bien être prononcés contre les héritiers de l'officier ministériel que de son vivant[6]. On sera certainement frappé de l'analogie de cette

par l'adhésion expresse ou tacite de l'avoué (Voy., sur la distinction des arguments et des chefs de demande ou moyens de défense, la théorie des demandes nouvelles en causes d'appel, et celle du pourvoi en cassation, le tome VI).

[7] Voy., sur la responsabilité de l'avocat, t. I, § **253**.

§ **916**. [1] Voy. notamment *suprà*, §§ **906** et suiv.

[2] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 50. Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 252. Grenoble, 9 déc. 1815 (D. A. v° *Désaveu*, n° 75). Bruxelles, 29 avr. 1823 (D. A. *v° cit.*, n° 27). Comp. *suprà*, §§ **910**, note 5, et **912**, et, sur le jugement du désaveu, *infrà*, § **922**.

[3] Voy., sur cette hypothèse, *infrà*, § **918**.

[4] Voy., sur ce cas particulier, *infrà*, *ib.*

[5] Voy. *infrà*, § **922**.

[6] Voy., sur le jugement du désaveu, *infrà*, *ib.*, et, sur la transmissibilité des actions en nullité et en dommages-intérêts, t. I, § **292**, et t. II, § **664**.

procédure avec l'inscription de faux : on croit à la parole des officiers ministériels comme à l'authenticité et à la sincérité des actes publics[7], et la foi qui est due à cette parole ne peut, comme le crédit qui est dû à ces actes, être ébranlée que par une procédure spéciale[8].

§ **917**. L'action en désaveu ne se présente pas toujours sous le même aspect[1] : cela dépend des circonstances où elle se produit, et de celles où l'acte sujet à désaveu a été fait.

On distingue généralement le désaveu formé contre un acte étranger à toute instance, et le désaveu formé contre un acte qui fait partie d'une instance. On appelle ce dernier tantôt incident tantôt principal : incident, lorsqu'il est formé au cours de l'instance à laquelle appartient l'acte qui en est l'objet; principal, lorsqu'il est formé hors de cette instance; à ce point de vue, le désaveu dirigé contre un acte fait en dehors d'une instance est nécessairement principal[2]. Cette distinction est doublement contraire à la réalité des faits : 1° on verra aux §§ suivants le désaveu qu'on appelle principal, et celui qu'on nomme incident, soumis, dans certains cas, aux mêmes règles de compétence et de procédure; 2° le désaveu, formé hors de l'instance à laquelle l'acte désavoué se rattache, peut être à la fois principal et incident : principal, en ce sens qu'il est porté par demande nouvelle devant le tribunal où cet acte a été fait; incident, s'il surgit au milieu d'une affaire actuellement pendante et au jugement de laquelle il peut forcer de surseoir, comme on le verra au § **921**[3].

Mieux vaut distinguer seulement trois hypothèses : 1° le

[7] Voy., sur la foi due aux actes authentiques et sur l'inscription de faux, t. II, §§ **705**, **802** et suiv.

[8] Voy., sur ce rapprochement, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 55; Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 261; Bonnier, *op. cit.*, n° 818, note 1, et *suprà*, § **914**.

§ **917**. [1] Elle peut même se présenter sous un autre nom : ainsi, une demande de dommages-intérêts, formée contre un avoué qui a fait sans mandat spécial un des actes énumérés *suprà*, § **911**, est une véritable demande en désaveu, soumise aux règles qui vont être indiquées (Aix, 13 juin 1892; D. P. 93. 2. 220).

[2] Voy., sur cette distinction, Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1315; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 541; Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 147.

[3] Comp., sur ce point, Bourbeau (*Op. cit.*, t. V, p. 285 et suiv.) et Bonnier (*Op. cit.*, n°s 825 et suiv.).

désaveu est formé contre un acte fait en dehors d'une instance (signification, sommation, commandement, saisie, offres réelles); 2° il est formé contre un acte qui a fait partie d'une instance antérieure (exemple : Primus a actionné Secundus en paiement d'un prix de vente, et son avoué a déféré le serment décisoire à Secundus qui a juré avoir payé ce prix; Primus, débouté de sa demande, affirme n'avoir pas autorisé son avoué à déférer le serment, et le désavoue)[4]; 3° le désaveu est formé contre un acte qui fait partie d'une instance encore pendante (exemple : Primus agit contre Secundus en paiement d'une dette de plus de 150 francs dont il n'y a pas de preuve écrite, et l'avoué de Secundus consent à ce que l'existence de cette dette soit prouvée par témoins; Secundus l'apprend immédiatement et désavoue son avoué)[5]. De ces trois hypothèses, la dernière ne peut se présenter que dans une instance actuellement engagée; les deux autres peuvent se produire : 1° hors de toute instance (exemples : *a*) Primus, dont l'huissier a fait des offres réelles, n'attend pas que son créancier le poursuive, et désavoue immédiatement son huissier; *b*) Primus désavoue, dès qu'il apprend l'insuccès de sa demande en paiement d'un prix de vente, l'avoué qui l'a fait échouer en déférant le serment; 2° au cours d'une instance (exemples : *a*) Primus, poursuivi en paiement d'une somme dont son huissier a fait des offres réelles, prétend n'avoir pas donné le mandat de les faire, et désavoue l'huissier; *b*) Primus, qui a succombé dans sa demande en paiement d'un prix de vente à cause du serment déféré par son avoué, agit maintenant en résolution pour défaut de paiement du prix; Secundus lui oppose le serment qu'il a prêté lui-même lors de la première demande, et Primus désavoue l'avoué qui a déféré ce serment)[6].

[4] Voy., sur l'effet de la délation du serment décisoire, *suprà*, §§ **879** et **880**; et, sur le point de savoir si l'avoué peut le déférer sans mandat spécial, *suprà*, § **911**.

[5] La jurisprudence est fixée en ce sens, qu'une dette de plus de 150 francs dont il n'y a pas de commencement de preuve par écrit, et dont il n'était pas impossible de se procurer une preuve écrite, peut être prouvée par témoins si le créancier le demande et que le débiteur y consente (Voy. *suprà*, § **820**).

[6] J'expliquerai ici tous les cas de désaveu, puisque chacun d'eux peut fournir l'occasion d'un incident; je réserverai seulement pour le tome VI deux questions qui se rapportent moins aux incidents de procédure qu'aux voies de recours

Le désaveu qui concerne les actes d'une instance actuellement pendante peut être formé en tout état de cause[7]; celui qui concerne les actes étrangers à toute instance peut être formé aussi longtemps qu'on a le droit de faire valoir ces actes : pendant trente ans par voie d'action, indéfiniment par voie d'exception[8].

§ **918**. Les articles 356 et 358, qui fixent la compétence en matière de désaveu, rappellent par leur dispositif et surtout par leurs motifs l'article 60, mais ne posent, comme lui, qu'une règle de compétence *ratione personæ* opposable par le défendeur seul et *in limine litis*[1].

1° Le désaveu formé, au cours ou en dehors d'une instance[2], contre un acte étranger lui-même à toute instance est porté, suivant le droit commun[3], au tribunal du domicile du défendeur[4] : s'il est encore en fonctions, c'est le tribunal de l'arrondissement où il a agi, et hors duquel le principe de sa compétence territoriale lui interdisait d'agir[5]; s'il a cessé ses fonctions, et changé de domicile en sortant de charge,

contre les jugements : 1° quel est le délai du désaveu quant aux actes compris dans un procès déjà jugé; 2° quelle peut être son influence sur le jugement de ce procès.

[7] Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 288. La péremption, qui anéantit tous les actes de la procédure éteinte, supprimerait, bien entendu, l'utilité du désaveu (Voy. le tome VII).

[8] Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 291. Bonnier, *op. cit.*, n° 818. Liège, 9 avr. 1835 (D. A. *v° cit.*, n° 58). Voy., sur la prescription des actes de procédure et sur la règle « *Quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum* », le tome VII.

§ **918**. [1] Voy., sur le caractère des dispositions de l'article 60, t. II, § **420**; sur les conséquences de l'incompétence *ratione personæ*, *ib.*, §§ **400** et suiv.; et, en sens contraire, sur l'application des articles 356 et 358, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 98.

[2] On dira, si l'on veut, qu'il est incident dans le premier cas, et principal dans le second; mais cela n'influera pas sur la compétence, car l'article 358 dit, sans distinguer : « Lorsque le désaveu concernera un acte sur lequel il n'y a point « d'instance, cette demande sera portée au tribunal du défendeur » (Voy., sur l'inutilité de cette prétendue distinction au point de vue de la compétence, le § précédent). On verra même dans la suite de ce § que l'article 358 ne vise, en réalité, que cette hypothèse.

[3] « *Actor sequitur forum rei* » (Voy. t. II, § **458**).

[4] Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1315. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° **544**. Bruxelles, 24 mars 1810 (D. A. *v° cit.*, n° 101). Caen, 24 févr. 1873 (D. P. 75. 2. 111). Je rappelle que le défendeur, c'est l'officier ministériel désavoué ou, après lui, ses héritiers (Voy. le § précédent).

[5] Voy., sur ce principe, t. I, §§ **210** et **218**; et t. II, § **570**.

le tribunal compétent est celui de son domicile actuel[6]; s'il est mort et que le désaveu soit formé contre ses héritiers, il se porte au tribunal du domicile de l'un d'eux[7].

2° L'acte sujet à désaveu a-t-il été fait dans une instance actuellement engagée, cet incident est porté devant le tribunal saisi du fond, soit en vertu du principe que « le juge de « l'action est juge de l'exception »[8], soit à raison de considérations spéciales : 1) ce tribunal saura mieux qu'aucun autre dans quelles circonstances l'acte en question est intervenu, quelle influence il a eue sur la direction de l'affaire, et dans quelle mesure il peut en déterminer la solution[9]; 2) armé d'un pouvoir de discipline à l'égard de l'officier ministériel désavoué, c'est à lui de connaître d'une demande qui peut aboutir, en cas de succès, à des poursuites disciplinaires[10].

3° Si le désaveu concerne un acte fait dans une instance antérieure, il est porté au tribunal devant lequel cet acte a été fait, et il n'y a pas lieu de distinguer, pour l'application de cette règle, selon que le désaveu est fait au cours ou en dehors d'une instance actuellement engagée[11]. Dans le premier cas, l'article 356 attribue expressément compétence « au tribunal devant lequel la procédure désavouée aura été « instruite »; cette dérogation au principe que « le juge de « de l'action est juge de l'exception » s'explique par les mo-

[6] Voy., sur cette hypothèse, le § précédent.

[7] Voy., sur cette hypothèse, le § précédent; et, sur la compétence dans les actions intentées contre deux ou plusieurs défendeurs, t. I, § **478**.

[8] Voy., sur cette règle que je prends ici dans son sens le plus large, t. I, § **414**.

[9] Voy., sur l'influence que le jugement rendu en matière de désaveu peut exercer sur le résultat de la procédure où l'acte sujet à désaveu a été fait, *infrà*, § **922**.

[10] Voy., sur la discipline et sur la responsabilité des officiers ministériels, t. I, §§ **210**, **220**, **241** et suiv.; et, sur l'application qu'elles comportent en cas de désaveu, *infrà*, § **922**. La cour d'Alger a jugé que l'instance d'appel actuellement pendante peut être considérée comme la continuation de l'instance engagée devant le premier degré de juridiction, et que, par suite, la cour d'appel est compétente pour connaître de l'action en désaveu dirigée contre un acte de la procédure qui a abouti au jugement confirmé par elle (Alger, 16 avr. 1894; D. P. 95. 2. 213). Il s'agissait, d'ailleurs, dans l'espèce, d'une affaire commerciale où le tribunal de première instance était juge d'exception, et l'on peut se demander si la cour eût statué de même dans une affaire civile où le tribunal de première instance aurait été juge du droit commun (Voy. la note sur cet arrêt).

[11] Je ne puis que reproduire ici l'observation faite *supra*, note 2.

tifs qui viennent d'être donnés, et surtout par cette considération que le tribunal qui a connu de l'affaire est le mieux placé pour apprécier l'influence que l'acte sujet à désaveu a pu exercer sur le jugement[12]. Dans le second cas, l'incompétence de ce tribunal pourrait être contestée, à cause de l'article 358 qui porte que « lorsque le désaveu concernera un « acte sur lequel il n'y a point d'instance, la demande sera « portée au tribunal du domicile du défendeur »; mais tous les auteurs sont d'accord pour n'appliquer cet article qu'au désaveu dirigé contre un acte sur lequel il n'y a jamais eu d'instance, c'est-à-dire étranger à toute instance[13]. Les motifs qui justifient le renvoi de cette demande au tribunal devant lequel a été fait l'acte sujet à désaveu, s'appliquent aussi bien au cas où elle est formée en dehors d'une instance qu'au cas où elle surgit au milieu d'une affaire en cours d'instruction; bien plus, si la loi a cru devoir déroger, dans cette dernière hypothèse, au principe que « le juge de l'action est « juge de l'exception », elle a dû vouloir, à plus forte raison, établir la même règle de compétence dans le cas où aucun tribunal ne se trouve actuellement saisi[14].

§ **919**. La demande en désaveu n'est pas soumise au préliminaire de conciliation; elle en est dispensée, comme demande incidente, si elle est formée au cours d'une instance et contre un acte qui a fait partie de cette instance[1]; elle y échappe aussi dans les autres cas, par la raison qu'elle intéresse la dignité de la justice dans la personne de ses auxiliaires, et qu'ils ne doivent pas éluder par une transaction le contrôle de l'autorité disciplinaire[2]. Cette demande débute avec quelque solennité par un acte d'huissier fait au greffe du tribunal compétent, signé du désavouant, et contenant les

[12] Quelle influence le désaveu aura-t-il, s'il est admis, sur le jugement de l'instance où l'acte désavoué a été fait? Voy., sur ce point, le tome VI.

[13] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 95. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1310. Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 281. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 146. Bonnier, *op. cit.*, n° 825.

[14] Le texte arrêté par la commission de 1866 supprimait cette difficulté, et renvoyait au tribunal du domicile du défendeur toute demande en désaveu qui ne serait pas formée au cours d'une instance (Greffier, *op. cit.*, p. 63).

§ **919**. Voy. t. II, § **621**, note 33.

[2] Voy. t. II, *ib.*

conclusions et les moyens à l'appui. Cette formalité inusitée, que motivent la gravité de la demande et la qualité du défendeur[3], est requise à peine de nullité[4]; il en est de même de la signature du demandeur, que ne remplaceraient ni la déclaration de l'huissier ni le certificat du greffier comme quoi le demandeur ne sait ou ne peut signer[5] : dans ces deux cas, l'acte doit être signé par un mandataire[6], dont le pouvoir doit être, à peine de nullité[7], spécial[8] et authentique : c'est un des cas signalés au § **907**. L'avoué qui occupe dans l'instance où l'acte désavoué vient d'être fait, ne peut donc soulever cet incident qu'en vertu d'un pouvoir en bonne forme[9], et le bon sens indique que cette mission ne pourrait lui être confiée si c'était, par hasard, à lui-même que le désaveu s'adressât[10]. La loi veut aussi que le désavouant constitue un avoué pour suivre cette procédure, mais cette formalité n'est pas irritante, car non-seulement la constitution de cet avoué peut être faite par acte séparé[11], mais encore elle n'est pas toujours nécessaire. Elle est indispensable : 1° quand le désaveu concerne un acte fait dans une instance antérieure ou en dehors de toute instance, et qu'il est, par conséquent, porté devant un tribunal qui n'est saisi d'aucune demande:

[3] Voy., sur ces considérations, le § précédent. La commission de 1866 supprimait cette formalité (Greffier, *op. cit.*, p. 62), et il en est de même du projet de 1894 (P. 72).

[4] Boitard, Colmet-Daage, *op. cit.*, t. I, n° **541**. Cette nullité n'est pas d'ordre public, et se couvre par toute défense au fond (Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 147). Elle ne s'applique pas non plus au défaut de conclusions et de moyens à l'appui : cette omission n'a rien d'irritant (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 75; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1306 *ter;* Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 146).

[5] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 72. Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1306. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 277, note 1. Rodière, *op. et loc. cit.*

[6] Voy. les mêmes auteurs.

[7] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 75. Chauveau, sur Carré, t. III, quest. 1306 *ter*.

[8] Une procuration générale ne suffirait pas (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 73; Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1306 *bis;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*); mais il suffira d'une procuration à l'effet de faire tous les désaveux que pourra nécessiter une instance (Arg. C. civ., art. 933 : « Si le donataire est majeur, l'acceptation de la donation doit être faite par lui, ou, en son nom, par la personne « fondée de sa procuration portant pouvoir d'accepter la donation faite ou un « pouvoir général d'accepter les donations qui auraient été ou qui pourraient « être faites »; voy. Bioche, *op., v° et loc. cit.;* Carré, *op. et loc. cit.;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*).

[9] Voy. *suprà*, § **907**.

[10] Voy. *infrà*, même §.

[11] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 75. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1306 *ter*. Rodière, *op. et loc. cit.*

2° lorsqu'il est porté devant un tribunal actuellement saisi, mais à raison d'un acte fait dans cette instance par l'avoué qui y est déjà constitué, et qui ne peut occuper au nom du demandeur dans une demande dirigée contre lui-même[12]. Par contre, il est inutile de constituer avoué quand le désaveu est dirigé contre un acte fait par un huissier au cours d'une instance actuellement engagée : rien n'empêche l'avoué déjà constitué d'occuper alors pour son client ou pour le mandataire de son client, ou bien de recevoir lui-même le mandat de poursuivre le désaveu[13].

§ **920**. Les parties intéressées sont censées ignorer le désaveu, tant qu'il n'a pas été officiellement porté à leur connaissance : il faut le leur signifier tantôt par assignation à domicile tantôt par acte d'avoué à avoué[1], mais sans autre formalité, et même sans reproduire les conclusions et les moyens contenus dans l'acte qui a été fait au greffe[2] : cette signification vaut sommation de plaider sur le désaveu[3]. Le premier intéressé à connaître cette demande, c'est le désavoué : s'il occupe devant le tribunal où le procès actuel est pendant, on la lui signifie par acte d'avoué à avoué; s'il a occupé dans une instance antérieure, on lui signifie le désaveu par assignation à personne ou à domicile, car un acte d'avoué à avoué ne peut se faire qu'entre avoués figurant tous deux dans la même instance[4]; si c'est un huissier qu'on désavoue, dans quelques circonstances qu'il ait instrumenté, le désaveu lui est toujours signifié par voie d'assignation[5]. Si le désavoué a cessé ses fonctions, il est assigné à personne ou à son

[12] Comp. *suprà*, même §.
[13] Art. 353. Comp. *suprà*, même §.

§ **920**. [1] Voy., sur la distinction des exploits en général et des actes d'avoué à avoué, t. II, §§ **566**, **568** et **612**.

[2] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 90. L'article 354 dit *sans autre demande*, mais rien n'empêche de rectifier ou de compléter, en le signifiant, les indications de l'acte de désaveu (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 76; Bonnier, *op. cit.*, n° 822, note 1 ; comp. le § précédent, note 4). Ce qu'il y aura de trop dans cette signification ne passera pas en taxe (Voy., sur les frais frustratoires, t. II, § **508**).

[3] Voy., sur la sommation de plaider ou sommation d'audience, t. II, § **679**.

[4] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 88. Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 279. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 543. Bonnier, *op. cit.*, n° 824.

[5] Bioche, *op., v° et loc. cit.* Bourbeau, *op. et loc. cit.* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. et loc. cit.*

nouveau domicile[6]; il en est de même de ses héritiers, s'il est décédé, mais je crois qu'il n'y a pas lieu de les assigner séparément, et qu'à l'exemple de l'acte d'appel qui peut leur être adressé « collectivement et sans désignation des noms « et qualités »[7], l'acte de désaveu peut leur être signifié par assignation collective au dernier domicile du défunt[8]. Sont également intéressées dans la procédure de désaveu les parties de l'instance actuelle, à laquelle il peut être sursis jusqu'au jugement du désaveu, et dont l'issue dépend quelquefois de ce jugement[9] : le désaveu leur est signifié par acte d'avoué à avoué[10]. Enfin, quand le désaveu concerne un acte fait dans une instance antérieure ou qui ne se rattache à aucune instance, on doit, malgré le silence de la loi, le signifier aux personnes que le maintien de cet acte intéresse, et qui pourront attaquer par tierce opposition le jugement qui l'annule[11] ; le désaveu est porté à leur connaissance par une assignation à personne ou à domicile[12].

§ **921**. La demande en désaveu est communiquée au ministère public, par les mêmes raisons qui l'ont fait entourer de formalités exceptionnelles[1]. Si elle est formée au cours d'une instance, portée devant le tribunal saisi de cette instance, et en état d'être jugée en même temps qu'elle, ce tribunal peut statuer sur le tout par le même jugement[2]; dans le cas contraire, il doit surseoir à procéder sur la demande

[6] Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1309 *ter*.

[7] Voy., sur ce point, le tome VI.

[8] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 87. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 542. *Contrà*, Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1309 *bis;* Bonnier, *op. cit.*, n° 823.

[9] Alger, 16 avr. 1894 (D. P. 95. 2. 313). Voy., sur cette éventualité, le § suivant.

[10] Non-seulement quand le désaveu est porté au tribunal où l'instance actuelle est pendante, mais encore dans le cas où, concernant un acte fait dans une autre instance, il est porté au tribunal qui connaît ou a connu de cette dernière (Art. 356). Cette formalité est requise à peine de nullité (Colmar, 29 déc. 1852; D. P. 56. 2. 6; trib. de Douai, 30 janv. 1895, D. P. 96. 2. 513, voy. *ib.* la note de M. César-Bru; civ. cass. 29 avr. 1896, D. P. 96. 1. 413, S. 98. 1. 29).

[11] Voy., sur la tierce opposition, le tome VI.

[12] Art. 354 et 355. Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 147. Civ. cass. 29 avr. 1896 (D. P. 96. 1. 413; S. 98. 1. 29).

§ **921**. [1] Voy. t. I, § **202**; et, sur ces formalités exceptionnelles, le § précédent.

[2] Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1313. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*

principale jusqu'à ce que le jugement du désaveu puisse être rendu[3] : il ne peut ordonner, en attendant, que des mesures urgentes[4]. Ce sursis est prescrit à peine de nullité des actes de procédure et des jugements rendus après qu'il a été ordonné[5]; mais je ne crois pas que le tribunal soit tenu de l'accorder[6]. Il peut certainement le refuser en présence d'un désaveu qui ne serait pas formé régulièrement[7]; il doit le pouvoir également, s'il estime que le jugement du désaveu n'aura pas d'influence sur l'issue du procès principal[8]. On l'a contesté[9], mais j'invoque en ce sens : 1° l'inutilité absolue du sursis, lorsqu'il est avéré — n'est-ce pas un point de fait livré à l'appréciation souveraine du tribunal? — que le jugement du fond ne dépend en rien de celui du désaveu; 2° l'article 250[10], qui ordonne de surseoir au jugement du procès civil en cas d'inscription en faux principal, « à moins que les juges n'es-« timent que le procès puisse être jugé indépendamment de « la pièce arguée de faux »[11]. On peut aussi, en ordonnant

[3] Le désaveu qui forme, en quelque sorte, une voie de recours extraordinaire contre le jugement de l'instance où l'acte sujet à désaveu a été fait, diffère en cela des autres de cette nature qui ne produisent pas d'effet suspensif (Voy. le tome VI). Il n'y a, d'ailleurs, qu'un désaveu régulièrement formé qui entraîne le sursis; il n'en est pas de même de la simple déclaration qu'on entend recourir au désaveu (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 114; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1314 *bis;* Agen, 10 janv. 1820, D. A. v° *Acquiescement*, n° 130; Grenoble, 30 janv. 1823, c. cass. de Belgique, 19 juill. 1831, D. A. v° *Désaveu*, n° 125; req. 22 juin 1837, D. A. *v° cit.*, n° 69; req. 20 juill. 1858, D. P. 58. 1. 403; voy. cep. Rennes, 14 juill. 1819, D. A. *v° cit.*, n° 125); et on verra dans la suite du même § qu'il n'est sursis qu'aux procédures en cours d'instruction, et non pas à l'exécution des jugements déjà rendus.

[4] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 117. Bonnier, *op. cit.*, n° 826.

[5] Cette nullité se demande au tribunal même qui a passé outre; s'il a déjà rendu son jugement, on l'attaque par les voies ordinaires ou extraordinaires (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 122; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1213 *bis;* Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 148; Bonnier, *op. et loc. cit.*).

[6] Il n'y a que le désavouant qui puisse le demander : l'autre partie ne pourrait se pourvoir en cassation sous prétexte que le sursis aurait été refusé, quand même elle se serait jointe aux conclusions prises par le désavouant à fin de sursis (Civ. rej. 3 août 1827, D. A. *v° cit.*, n° 64; req. 12 août 1841, D. A. *v° cit.*, n° 128).

[7] Ou qui serait manifestement inadmissible (Metz, 15 janv. 1812; D. A. *v° cit.*, n° 127).

[8] Mais dans ce cas seulement : le tribunal ne peut refuser le sursis, en prétextant que le désaveu n'est pas sérieux et n'a pour but que de gagner du temps; il peut seulement (Voy. *infrà*, même § fixer un délai dans lequel le désavouant devra faire juger sa demande (Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1312; Bonnier, *op. et loc. cit.:* Montpellier, 16 juill. 1844, D. P. 45. 2. 87).

[9] Carré, *op. et loc. cit.* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 543.

[10] Voy., sur cet article, t. II. § **816.**

[11] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 115. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Rodière,

de surseoir, fixer un délai dans lequel le désavouant devra faire juger sa demande : il n'a pas le droit de tenir l'instance principale indéfiniment en suspens, et, le délai passé, elle reprendra son cours[12]. De plus, ce sursis est particulier au désaveu formé dans une instance et contre un acte de cette instance ; le désaveu formé en dehors de toute instance, contre un acte à la suite duquel a été rendu un jugement passé en force de chose jugée, ne fait pas surseoir à l'exécution de ce jugement[13].

§ **922**. Le tribunal admet le désaveu ou le rejette.

1° S'il l'admet, il annule l'acte désavoué avec le jugement qui a pu en résulter — ce dernier point est réservé[1] — et condamne le désavoué aux dépens et aux dommages-intérêts ; ce jugement sert, le cas échéant, de point de départ à des poursuites criminelles ou disciplinaires contre le désavoué coupable de faux, de concussion, ou seulement d'infraction à ses devoirs professionnels[2]. La nullité de l'acte désavoué résulte de plein droit du jugement qui admet le désaveu[3] ; il est néanmoins plus prudent de la prononcer expressément, et d'indiquer, parmi les actes de la procédure, ceux que la nullité atteint et ceux qui y échappent ; une décision ultérieure devrait, au besoin, combler sur ce point la lacune du premier jugement[4]. La condamnation aux dépens est la conséquence

op. cit., t. II, p. 148. Bonnier, *op. et loc. cit.* Paris, 5 déc. 1835 (D. A. *v° et loc. cit.*). Montpellier, 16 juill. 1844 (D. P. 45. 2. 87). Req. 27 févr. 1856 (D. P. 56. 1. 151).

[12] Voy., sur ce point, Paris, 2 août 1823 (D. A. v° *Délai*, n° 68). On usera, d'ailleurs, de quelques ménagements envers le désavouant, car ce ne sera pas toujours sa faute s'il n'obtient pas jugement dans le délai qui lui a été fixé (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 121 ; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1312).

[13] Art. 357 et 359. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 118. Paris, 16 mai 1835 (D. A. v° *Désaveu*, n° 136). Req. 27 févr. 1856 (D. P. 56. 1. 151).

§ **922**. [1] C'est seulement au tome VI que je traiterai du désaveu considéré comme voie de recours contre le jugement, à l'occasion duquel a été fait l'acte désavoué (Aj. *infrà*, même §).

[2] Voy., sur la responsabilité disciplinaire et pénale des officiers ministériels, t. I, §§ **220, 223, 241** et suiv., et *suprà*, § **910**. L'officier ministériel désavoué ne peut échapper aux dommages-intérêts qui sont la juste réparation du préjudice par lui causé, mais le tribunal peut lui épargner, à raison de ses bons antécédents, les autres peines qu'il a encourues (Besançon, 12 avr. 1892 ; D. P. 93. 2. 202).

[3] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 123. Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 136. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 295 et 296.

[4] Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 148.

de la nullité de l'acte, ainsi qu'on l'a vu au § **505**[5]. Quant aux dommages-intérêts, le désavoué y est condamné tant envers le désavouant qu'envers les adversaires de ce dernier; on lui applique, dans le premier cas, l'article **1992** du Code civil, qui rend le mandataire responsable envers le mandant de tout le dommage qu'il a pu lui causer par sa faute[6]; dans le second, l'article **1997** du même Code, qui le déclare responsable envers les tiers qu'il a trompés sur l'étendue de ses pouvoirs[7]. Il faut seulement, pour le faire ainsi condamner personnellement, prouver sa mauvaise foi[8] et le préjudice qu'il a causé[9]. Ce préjudice résultera : 1) pour l'adversaire du désavouant, de la nullité de l'acte fait à son profit, et sur le maintien duquel il avait le droit de compter[10]; 2) pour le désavouant au profit de qui cette nullité est prononcée, de l'exécution du jugement rendu contre lui et à laquelle il s'est prêté, ignorant que l'imprudence de son mandataire fût cause de sa propre condamnation : j'y reviendrai au tome VI de ce Traité.

2° Le rejet de la demande en désaveu entraîne, pour le désavouant, l'obligation de réparer le préjudice qu'il a causé au défendeur en l'atteignant dans sa considération[11], et aux parties en cause par le retard apporté au jugement[12]. Le désa-

[5] Le désavoué peut-il en être affranchi s'il est de bonne foi, c'est-à-dire qu'il se soit cru investi d'un pouvoir qu'il n'avait réellement pas? Voy., pour l'affirmative, Lyon, 1er avr. 1824 (D. A. *v° cit.*, n° 40), req. 27 août 1835 (D. A. v° *Arbitrage*, n° 1252); pour la négative, Paris, 7 févr. 1824 (D. A. v° *Désaveu*, n° 15).

[6] Voy., sur l'application de cet article aux mandataires en général, et particulièrement aux mandataires salariés tels que les officiers ministériels, Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 643; Pont, *Des petits contrats*, t. I, nos 991 et 997.

[7] Voy., sur cet article, Delvincourt, *op. cit.*, t. III, p. 476; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 651; Pont, *op. cit.*, t. I, n° 1057.

[8] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 126. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1317 *bis*. Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 302. Rodière, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. cit.*, n° 827. Paris, 7 févr. 1824 (D. A. *v° et loc. cit.*). Lyon, 1er avr. 1824 (D. A. *v° cit.*, n° 40). Req. 27 août 1835 (D. A. v° *Arbitrage*, *loc. cit.*). Quand peut-on dire que le désavoué soit de bonne foi? Voy. *suprà*, note 5.

[9] Orléans, 8 janv. 1853 (D. P. 55. 2. 78). On n'est pas tenu de recourir, avant d'agir en désaveu, aux voies de recours admises contre les jugements (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 128; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; voy., pour plus de détails, le tome VI).

[10] Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 546.

[11] Voy. Rennes, 9 mars 1818 (D. A. v° *Désaveu*, n° 43) et 17 août 1818 (D. A. *v° cit.*, n° 16); Bruxelles, 15 juill. 1819 (D. A. *v° cit.*, n° 149). A moins que son imprudence n'ait été la cause de cette action finalement reconnue mal fondée (Trib. d'Yvetot, 17 janv. 1896; D. P. 96. 2. 174).

[12] Voy , sur ce sursis, *suprà*, même §.

vouant peut donc être condamné, suivant la gravité des circonstances, à des dommages-intérêts[13], et même aux peines prononcées par les articles 224 et 227 du Code pénal pour outrage aux officiers ministériels dans l'exercice de leurs fonctions[14]. Le tribunal peut aussi, en vertu de l'article 1036, supprimer les conclusions du désavouant, les déclarer calomnieuses, et ordonner l'impression et l'affiche de son jugement[15]. Dans tous les cas, il est fait mention du jugement de rejet en marge de l'acte de désaveu[16].

[13] Voy. les arrêts cités *suprà*, note 11.

[14] Bonnier, *op. cit.*, n° 828. Voy., sur ces articles, Chauveau-Adolphe et Faustin-Hélie, *Théorie du Code pénal*, t. III, n°s 850 et 853.

[15] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 133. Bonnier, *op. et loc. cit.* Voy., sur l'article 1036, le tome IV.

[16] Art. 360 et 361. Le rejet de la demande en désaveu n'empêche pas le demandeur de poursuivre, à fin de dommages-intérêts, le défendeur coupable d'une imprudence ou d'une négligence d'autant plus préjudiciables que le désaveu n'a pas été admis et que l'acte désavoué demeure valable (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 131; comp., sur la responsabilité des officiers ministériels, t. I, §§ 220 et 223).

ARTICLE VI

INCIDENTS QUI ÉTENDENT LA SPHÈRE DU PROCÈS.

SOMMAIRE. — § **923**. Classification de ces incidents. — § **924**. I. Demandes additionnelles et reconventionnelles. — § **925**. Suite. Comment on les forme. — § **926**. Suite. Comment on y répond, et comment elles s'instruisent. — § **927**. II. Demandes provisoires. — § **928**. III. Intervention volontaire. — § **929**. Suite. Comment elle se produit. — § **930**. Suite. Formes à suivre pour la contester et pour juger cette contestation. — § **931**. Suite. Précautions à prendre pour que l'intervention ne retarde pas le jugement de la demande principale. — § **932**. Suite. Par qui et dans quelles instances elle peut être formée. — § **933**. Suite. 1° Intervention des créanciers. — § **934**. Suite. 1) En vertu d'un droit qui leur est propre. — § **935**. Suite. 2) En vertu de l'article 1166 du Code civil. — § **936**. Suite. 2° Intervention des collèges d'avocats et des compagnies d'officiers ministériels. — § **937**. Suite. Procédure et jugement en matière d'intervention. — § **938**. IV. Intervention forcée. — § **939**. Suite. A. Garantie proprement dite. — § **940**. Suite. Dans quels cas elle est due. — § **941**. Suite. A qui appartient l'action en garantie. — § **942**. Suite. Dans quelles circonstances elle peut se produire. — § **943**. Suite. Dans quel délai elle doit être formée. — § **944**. Suite. Sursis à la demande principale, et exception dilatoire de garantie. — § **945**. Suite. Premier cas : le délai dans lequel le garant doit comparaître expire avec ou avant celui de la comparution du garanti. — § **946**. Suite. Second cas : il expire après ce dernier, et le droit à la garantie est contesté. — § **947**. Suite. Troisième cas : le délai dans lequel le garant doit comparaître expire après celui de la comparution du garanti, et le droit à la garantie n'est pas contesté. — § **948**. Suite. Moyens de défense que le garant peut opposer à la demande principale. — § **949**. Suite. Distinction de la garantie formelle et de la garantie simple. — § **950**. Suite. 1° Garantie formelle. — § **951**. Suite. Premier cas : le garant prend le fait et cause du garanti. — § **952**. Suite. *a*) Le garanti reste en cause. — § **953**. Suite. *b*) Il se fait mettre hors de cause. — § **954**. Suite. Autre manière de présenter ces distinctions; réfutation. — § **955**. Suite. Second cas : le garant ne prend pas le fait et cause du garanti. — § **956**. Suite. 2° Garantie simple. — § **957**. Suite. B. Garantie improprement dite. — § **958**. Suite. C. Assignation en déclaration de jugement commun.

§ **923**. Les incidents qui étendent la sphère du procès sont : 1° ceux qui, entre les mêmes parties, ajoutent de nouvelles demandes à la demande introductive d'instance; 2° ceux qui font entrer au débat une ou plusieurs parties qui y étaient restées jusqu'alors étrangères. Ils s'appellent : dans le premier cas, demandes incidentes ou, plus spécialement, demandes provisoires, additionnelles ou reconventionnelles[1];

§ **923**. [1] J'ai déjà fait remarquer que le mot *incident*, qui désigne, dans un sens large, *quidquid incidit in litem*, s'applique aussi, *stricto sensu*, aux demandes dont il va être question (Voy. t. II, § **728**). Cette distinction n'est pas dépourvue d'intérêt pratique, car les avoués n'ont pas le droit de plaider tous incidents de nature à être jugés sommairement, mais seulement les demandes

dans le second, intervention volontaire, ou intervention forcée après mise en cause ou assignation en déclaration de jugement commun[2].

§ **924**. I. On appelle demandes additionnelles, ai-je dit au § **371**, celles du demandeur qui augmente, modifie ou restreint ses conclusions primitives; et demandes reconventionnelles celles du défendeur qui non-seulement résiste au demandeur mais encore prend des conclusions contre lui.

§ **925**. Elles sont recevables en tout état de cause[1], et se forment, aux termes de l'article 337, « par un simple acte con-« tenant les moyens et les conclusions, avec offre de communi-« quer les pièces justificatives par récépissé ou par dépôt au « greffe »[2]; mais cette disposition n'est pas impérative, et cette forme n'est pas la seule sous laquelle une demande incidente puisse se présenter. 1° On ne procède pas par acte d'avoué à avoué contre un adversaire qui n'a pas constitué d'avoué[3], et, si le défendeur éventuel à l'incident n'a pas encore rempli cette formalité[4], cette demande ne peut être formée que par assignation avec signification de la copie des pièces à l'appui[5]. 2° C'est seule-

incidentes qui comportent cette procédure expéditive (Voy. t. I, § **218**, et *infrà*, §§ **977** et **978**). Comp. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 472, et aj. qu'une demande incidente n'est jamais recevable qu'autant qu'elle a un rapport quelconque avec la demande principale. Dans le cas contraire, celui qui la forme doit être renvoyé à agir lui-même par demande principale (Civ. rej. 21 oct. 1895; D. P. 96. 1. 417; S. 98. 1. 43).

[2] Le Code de procédure ne fait pas cette distinction, mais elle n'en est pas moins certaine (Voy. Rodier, *op. cit.*, p. 152; Bourbeau, *op. cit.*, t. V; p. 136; Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 476; *suprà*, § **618**). Pourquoi le Code de procédure, qui traite d'une des formes de l'intervention forcée (la mise ou appel en cause du garant) passe-t-il les autres sous silence? Voy., sur ce point, *infrà*, § **958**. Je réserve pour le tome V les incidents particulièrement importants de la saisie immobilière.

§ **924**. ...

§ **925**. [1] Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 35 et 106. Voy., sur le sens de cette formalité, t. I, § **381**.

[2] Voy., sur les diverses manières de communiquer les pièces, t. II, § **796**.

[3] Voy., sur les actes d'avoué à avoué, t. II, § **612**.

[4] Cette hypothèse ne peut pas se présenter pour les demandes reconventionnelles, car le demandeur au principal, contre qui elles sont formées, a nécessairement constitué avoué dans l'exploit introductif d'instance (Voy. t. II, § **652**).

[5] Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1266. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*, et supp., quest. 1266. Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 35. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 528. Bonnier, *op. cit.*, n° 715.

ment dans une vue d'économie que l'article 337 simplifie les formalités ordinaires de la demande en justice[6], et, à condition de ne porter en taxe que le coût d'un acte d'avoué à avoué[7], on peut introduire une demande incidente au moyen d'une assignation[8]. 3° Par contre, on peut réduire au strict nécessaire les formalités indiquées par l'article 337, et prendre des conclusions verbales à l'audience aux fins de la demande incidente; si ces conclusions n'ont pas été signifiées d'avance[9], le tribunal ordonne, au besoin, la communication des pièces, et renvoie à une autre audience pour laisser au défendeur le temps de préparer sa réponse[10]. L'article 338, qui prescrit à chaque partie de former en même temps toutes les demandes incidentes qu'elle peut avoir à présenter[11], n'est pas édicté non plus à peine de nullité[12] : 1) il n'a trait qu'aux demandes formées successivement en vertu de causes déjà existantes au moment où la première d'entre elles a été signifiée[13], 2) même pour celles-là, l'article 338 ne comporte d'autre sanction que le rejet de la taxe ou le refus de surseoir au jugement du principal, s'il paraît qu'elles aient occasionné des frais frustratoires ou qu'elles doivent retarder outre mesure la décision du procès[14]. Elles ne pour-

[6] Voy., sur ces formes, t. II, §§ **651** et suiv.

[7] 5 francs à Paris; ailleurs, 3 francs 75 centimes (D. 16 févr. 1807, art. 71, §§ 9 et 17).

[8] Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 30 et 100. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 474. Poitiers, 13 févr. 1827 (D. A. v° *Incident*, n° 35).

[9] On a vu t. II, §§ **679** et **680**, que l'article 70 du décret du 30 mars 1808, qui prescrit aux avoués de se communiquer respectivement, au moins trois jours d'avance, les conclusions qu'ils ont l'intention de prendre à l'audience, n'est pas édicté à peine de nullité, et qu'on ne l'observe même pas au tribunal de la Seine.

[10] Cette solution n'a pas prévalu sans quelques protestations (Merlin, *Questions de droit*, v° *Intervention*, § II ; Bioche, *op. cit.*, v° *Incident*, n° 7; Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 29); mais elle est généralement admise aujourd'hui (Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1268; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Rodière, *op. et loc. cit*; Bonnier, *op. cit.*, n° 714; Bourges, 10 déc. 1830, D. A. *v° et loc. cit.*; Caen, 19 mai 1880, D. P. 81. 2. 178; civ. cass. 9 févr. 1881, D. P. 83. 1. 286; civ. rej. 2 juill. 1884, D. P. 85. 1. 148). Toutefois, une demande de défendeur à défendeur ne peut être formée que par exploit d'ajournement (Paris, 21 juill. 1875; D. P. 81. 2. 178), et encore le contraire a-t-il été jugé pour le cas où l'un des défendeurs appelle l'autre en garantie (Req. 13 déc. 1893; D. P. 94. 1. 357; S. 96. 1. 141).

[11] Voy., sur ce point, Périn, *op. cit.* (Dans Locré, *op. cit.*, t. XXI, p. 624).

[12] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 70. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1268 *quinquies*. Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 28. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 529. Bonnier, *op. cit.*, n° 715.

[13] Observations du Tribunat (Dans Locré, *op. cit.*, t. XXI, p. 485).

[14] Bioche, *op.*, *v° et loc. cit.* Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 475.

raient être déclarées non-recevables que par application de l'article 1346 du Code civil, qui, autant pour obvier aux inconvénients de la multiplicité des procès à juger sur enquête que pour empêcher la violation indirecte de la défense de prouver par témoins au-dessus de 150 francs[15], dispose que « toutes les demandes, à quelque titre que ce soit, qui ne « seront pas entièrement justifiées par écrit[16] seront formées « par un même exploit, après lequel les autres demandes « dont il n'y aura point de preuve par écrit ne seront point « reçues »[17]. Cette disposition s'applique aussi bien aux demandes incidentes qu'aux demandes introductives d'instance[18].

§ **926**. Le défendeur à l'incident répond à cette demande dans la forme même où elle s'est produite, c'est-à-dire par un simple acte signifié avant l'audience, ou à l'audience même par des conclusions verbales[1]. Le tribunal se trouve ainsi à même d'y statuer, et peut : 1° se déclarer incompétent dans les cas exceptionnels où le juge de l'action n'est pas juge de l'exception[2]; 2° écarter la demande, soit pour vice de forme[3], soit en vertu de l'article 1346 du Code civil[4], soit par

[15] Il résulte de ce double motif que l'article 1346 s'applique, sans distinction, au cas où le montant des diverses demandes formées pour créances exigibles est supérieur à 150 francs, au cas où il est inférieur à ce chiffre, et même au cas où la preuve testimoniale est exceptionnellement admise en vertu d'un commencement de preuve par écrit ou à cause de l'impossibilité de rapporter une preuve écrite (Voy., en ce sens, Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 315 et 316, Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, n° 319 *bis*-I et II, Marcadé, *op. cit.*, t. V, sur l'art. 1346, n° 1, Bonnier, *Des preuves*, n° 162; et, en sens contraire, Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 72, Larombière, *op. cit.*, t. VI, sur les art. 1345 et 1346, n° 11).

[16] C'est-à-dire les demandes dont il n'existera pas une preuve littérale complète, mais un simple commencement de preuve par écrit (Voy., en ce sens, Aubry et Rau, *op. et loc. cit.;* Colmet de Santerre, *op. et loc. cit.;* Marcadé, *op. et loc. cit.;* Bonnier, *op. et loc. cit.;* et, en sens contraire, Demolombe, *op. et loc. cit.;* Larombière, *op. cit.*, t. VI, sur les art. 1345 et 1346, n° 19; comp. la note précédente).

[17] Voy., sur cette disposition, Bigot de Préameneu, *Exposé des motifs du titre* Des obligations (dans Locré, *op. cit.*, t. XII, p. 407); et *suprà*, § **821**, note 2.

[18] Bioche, *op.*, *v° et loc. cit.* Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 29, note 1. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. et loc. cit.*

§ **926**. [1] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 8. Carré, *op. cit.*, t. III, n° CCLXXIX. Rodière, *op. et loc. cit.* Bonnier, *Éléments de procédure civile*, n° 714. Req. 13 déc. 1893 (D. P. 94. 1. 357; S. 96. 1. 141). Aj., sur les défenses opposées par le demandeur principal à une demande reconventionnelle, Riom, 19 mai 1891 (D. P. 92. 2. 547).

[2] Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1265 *ter*.

[3] Req. 6 sept. 1814 (D. A. v° *Chose jugée*, n° 28).

[4] Voy. le § précédent.

application des principes posés aux §§ **372** et **390** sur la recevabilité des demandes incidentes et reconventionnelles[5]; 3° s'il est compétent et que la demande soit recevable, la juger préalablement, la joindre au fond, ou remettre à y statuer jusqu'après le jugement de la demande principale. C'est à lui d'apprécier suivant les circonstances[6] : par exemple, il jugera préalablement la demande qui offrira le caractère provisoire dont il sera parlé au § suivant[7]; mais il joindra au fond la demande d'intérêts formée incidemment à celle du capital[8], et il remettra à statuer sur une demande reconventionnelle douteuse et compliquée jusqu'après le jugement d'une demande principale dont la preuve est facile et la solution certaine[9]. Il va sans dire que, si la demande principale s'instruit par écrit ainsi qu'il sera dit aux §§ **979** et suivants, cette procédure ne s'appliquera qu'aux demandes incidentes assez compliquées pour en motiver l'emploi[10].

§ **927**. II. Les demandes provisoires[1], qui tendent à faire ordonner d'urgence, au cours d'un procès, des mesures qu'il y aurait péril à retarder[2] — allocation d'une provision ali-

[5] Dans ce cas, le tribunal renverra le demandeur à l'incident à se pourvoir par demande principale, en passant d'abord, s'il y a lieu, par le préliminaire de conciliation (Voy. t. I, § **372**; t. II, § **618**).

[6] Bruxelles, 23 janv. 1841 (D. A. v° *Jugement d'avant dire droit*, n° 51). Crim. cass. 7 mai 1857 (D. P. 57. 1. 318). Req. 3 févr. 1873 (D. P. 73. 1. 467). Lyon, 6 mars 1883 (D. P. 85. 2. 191).

[7] Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*

[8] Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*

[9] Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*

[10] Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1269. Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 27. Boitard, Colmet-Daage, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 475. Bonnier, *op. cit.*, n° 716.

§ **927**. [1] On ne les distinguait pas autrefois des demandes qui requièrent célérité (Jousse, *op. cit.*, t. I, p. 248), mais il ne faut pas confondre aujourd'hui les jugements provisoires, c'est-à-dire rendus sur les demandes provisoires, avec les jugements exécutoires par provision qui sont souvent rendus sur des demandes principales (Voy. le tome V; et, sur les jugements provisoires, *infrà*, § **1044**).

[2] Carré, *op. cit.*, t. I, n° XCVI. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 285. Rodière conteste aux demandes provisoires ce caractère d'urgence; il donne pour exemple celle d'un cohéritier très opulent qui, au cours d'une instance en partage, sollicite une provision alimentaire : demande provisoire, dit-il, mais certainement dénuée d'urgence (*Op. cit.*, t. I, p. 285). Je ferai remarquer qu'elle est toujours urgente en un sens, car, si l'instance principale n'est pas encore en état d'être jugée, on ne comprendrait pas que le tribunal remît la solution de cette demande provisoire jusqu'au moment où la demande

mentaire[3], établissement d'un séquestre[4], dépôt d'une somme d'argent à la Caisse des dépôts et consignations[5], etc... — diffèrent des demandes incidentes sous trois rapports[6].

1° Elles ne sont pas toujours portées au tribunal saisi de la demande principale : le demandeur les présente le plus souvent par voie de référé au président du tribunal qui peut les renvoyer à l'audience, mais qui peut aussi y statuer seul[7]. 2° Elles ne suivent pas nécessairement la demande principale ; elles peuvent la précéder ou l'accompagner. Tantôt c'est une femme qui, autorisée par le président du tribunal à quitter le domicile conjugal, se prépare à demander la séparation de corps, mais, tout d'abord, assigne son mari en paiement d'une provision[8]; tantôt c'est un propriétaire qui, en même temps qu'il revendique sa chose, conclut à ce qu'elle soit placée sous séquestre jusqu'au jugement de la demande principale[9]. La demande provisoire et la demande principale se forment, dans le premier cas, par deux assignations distinctes et successives[10]; dans le second, par une seule et même assignation[11]. 3° Les demandes provisoires sont toujours jugées

principale pourra recevoir jugement : qu'il rejette *de plano* la demande provisoire, attendu qu'elle est mal fondée, soit; mais il commettrait un déni de justice en attendant, pour la juger, le moment où elle n'aura plus d'objet. Voy., sur le déni de justice, t. I, § **140**.

[3] Voy., sur ces demandes, le § précédent, et *infrà*, note 8.

[4] Voy., sur les cas où il y a lieu à séquestre judiciaire, C. civ., art. 1961 et suiv.

[5] Voy., sur le dépôt des sommes litigieuses à la Caisse des dépôts et consignations à Paris, et chez les trésoriers-payeurs généraux dans les départements, C. civ., art. 1257 et suiv.; C. pr. civ., art. 812 et suiv.; L. 28 avr. 1816, art. 110 et suiv.; O. 22 mai 1816, art. 27 et suiv.; O. 3 juill. 1816, art. 1 et suiv.; D. 1er mai 1851, art. 1.

[6] Le Code de procédure, en traitant des demandes provisoires dans l'article 134, et des demandes incidentes dans les articles 337 et 338, ferait croire que ces deux sortes de demandes n'ont aucun rapport entre elles : rien ne serait plus faux que cette conclusion (Voy. cep. Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 19, note 1).

[7] Voy., sur ces deux points, le tome VIII.

[8] L'article 878 dit expressément que, dans ce cas, « les demandes en provi- « sion seront portées à l'audience ».

[9] Voy. *suprà*, note 4.

[10] Sauf application des règles relatives aux frais frustratoires, s'il était démontré que cette double assignation a été faite inutilement, et que la seconde demande était arrêtée, en principe, dans la pensée du demandeur, et déjà prête quand la première a été formée (Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 571 ; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 475; voy., sur les frais frustratoires, t. II, §§ **507** et **508**).

[11] Voy., sur la manière de former les demandes provisoires dans ces deux cas, les auteurs cités à la note précédente, et Poitiers, 16 déc. 1829 (D. A. v° *Jugement d'avant dire droit*, n° 77).

sommairement, et c'est pour cela qu'il est utile de les distinguer, dans l'exploit introductif d'instance, de la demande principale, qui, formée en même temps qu'elles, peut néanmoins s'instruire suivant les règles de la procédure ordinaire[12].

A part cela, tout est commun entre les demandes incidentes et les demandes provisoires : la manière de les former, celle de les instruire et celle de les juger. Les demandes qui surviennent au cours de l'instance principale se forment par acte d'avoué à avoué ou par conclusions à l'audience[13]; le défendeur y répond dans la même forme[14]; elles ne s'instruisent point par écrit, à moins d'être extraordinairement compliquées[15]; elles sont jugées avant le fond s'il n'est pas prêt à recevoir jugement, avec lui dans le cas contraire[16]. Il est trop tard, à ce moment, pour prendre des mesures destinées à sauvegarder pendant l'instance les intérêts de l'une ou de l'autre partie; mais il est encore utile qu'un jugement les accorde ou les refuse : 1° pour qu'on sache qui a succombé sur cet incident, et qui doit, par suite, en payer les frais; 2° pour que la cour puisse, en appel, ordonner l'exécution provisoire de cette partie du jugement de première instance[17].

§ **928**. III. L'intervention volontaire[1] est le fait d'une personne qui, de son propre mouvement, se mêle à une instance qu'elle n'a pas introduite et qui n'est pas dirigée contre elle : soit pour faire déclarer que le droit litigieux lui appartient, soit pour conserver des droits que son inaction pourrait com-

[12] Voy., sur la procédure sommaire, *infrà*, §§ **960** et suiv.

[13] Voy. le § précédent.

[14] Voy. *ib.*

[15] La dernière disposition de l'article 338, expliqué *ib.*, lui est certainement applicable (Voy., sur l'instruction par écrit, *infrà*, §§ **979** et suiv.).

[16] L'article 134 s'exprime ainsi : « S'il a été formé une demande provisoire et « que la cause soit en état sur le provisoire et sur le fond, les juges seront tenus « de prononcer sur le tout par un seul jugement ». Je rappelle qu'il ne s'agit pas ici d'une cause en état, dans le sens technique de cette expression (Voy. t. II, § **683**; aj., sur l'application de cet article et sur le pouvoir d'appréciation du tribunal, Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 572 et 574; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Besançon, 20 déc. 1815, D. A. v° *Séparation de corps*, n° 269; Alger, 29 janv. 1896, D. P. 97. 1. 326).

[17] Voy., sur l'exécution provisoire, le tome VI.

§ **928**. [1] On l'appelle aussi active ou spontanée (Rodier, *op. et loc. cit.*; Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 136; Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 476; comp. t. I, § **373**).

promettre, soit, enfin, pour faire juger à son profit une question relative à l'objet de cette instance[2]. Cette demande éminemment favorable, et dont je montrerai l'utilité au § **937**, est un incident *sui generis* — j'en ai déjà fait l'observation au § **373** — : incidente au point de vue des parties déjà engagées dans l'instance qu'elle vient compliquer, elle est principale au point de vue de l'intervenant jusqu'alors étranger à ce procès[3]. Elle n'est pas introductive d'instance, car elle est non-seulement portée au tribunal déjà saisi[4], mais encore instruite et, s'il se peut, jugée en même temps que la demande originaire[5]; et cela suffit pour qu'elle soit généralement soumise[6] aux règles posées aux §§ précédents, et, tout d'abord, dispensée du préliminaire de conciliation[7].

[2] Toute personne peut intervenir, dit un jugement du tribunal de Lille, dans une instance dont le jugement pourra faire un préjugé contre elle, et pour faire reconnaître à son profit le droit que le demandeur invoque (19 mai 1892; D. P. 93. 2. 211; aj., sur la nécessité, pour que l'intervention soit recevable, d'un rapport direct entre cette demande et la demande principale, trib. de la Seine, 18 juin 1885; le *Droit* du 19, p. 591). Les personnes qui sont déjà parties dans une instance peuvent y prendre des conclusions, mais ne sont pas admises à y intervenir, même comme acquéreurs des droits d'une personne qui aurait eu qualité pour cela : les frais qu'elles feraient en procédant ainsi seraient frustratoires (Bioche, *op. cit.*, v° *Intervention*, n° 48; req. 14 févr. 1816, D. A. v° *Intervention*, n° 61; req. 13 févr. 1827, D. A. *v° cit.*, n° 79; req. 2 mars 1874, D. P. 74. 1. 359; *contrà*, req. 21 mai 1855, D. P. 55. 1. 279; voy., sur les frais frustratoires, t. II, §§ **507** et **508**). Cela n'empêche pas que, pour intervenir dans une demande en interprétation de jugement, il faut avoir été partie dans l'instance qui s'est terminée par ce jugement : les tiers, à l'égard desquels il n'a pas d'effet, ne peuvent pas plus en demander l'interprétation comme intervenants qu'ils ne le pourraient comme parties principales (Voy., sur la règle « *Res inter alios judicata « aliis nec nocet nec prodest* », *infrà*, § **1128**; et, sur l'interprétation des jugements, *infrà*, § **1120**). Ces deux situations sont, d'ailleurs, absolument différentes : dans un cas, c'est une partie du procès actuel qui voudrait intervenir et qui ne le peut pas; dans l'autre, c'est une partie d'une précédente instance qui est admise à intervenir dans l'affaire actuelle à laquelle elle est étrangère (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 19). On peut cependant intervenir comme tiers : 1° dans une instance où l'on a été mal assigné (Voy. *infrà*, § **932**, note 13); 2° dans une cause où l'on a été représenté par une personne qui n'avait pas qualité à cet effet, car, en réalité, on est étranger à cette instance (Civ. rej. 7 déc. 1880; D. P. 81. 1. 148) : c'est l'application de la règle « Nul n'agit par procureur » (Voy. t. I, §§ **301** et suiv.).

[3] Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 530. Comp. t. I, § **373**.

[4] Req. 18 août 1808 (D. A. *v° cit.*, n° 106) et 5 janv. 1825 (D. A. *v° cit.*, n° 130).

[5] On trouvera le développement de cette idée au § suivant.

[6] On verra *ib.* que l'intervention ne s'introduit pas absolument de la même manière que les demandes incidentes formées entre les parties déjà en instance.

[7] Voy. t. II, § **618**.

§ **929**. L'intervention ne se forme ni par assignation comme une demande introductive d'instance, ni par des conclusions verbales comme les autres demandes incidentes : cela peut suffire entre parties déjà en cause et dont les qualités respectives sont déjà fixées, mais ce n'est pas assez pour régulariser la situation d'un tiers, dont le nom paraît pour la première fois dans l'instance. L'assignation ne serait pas nulle, mais cette dépense serait frustratoire et n'entrerait pas en taxe[1]; les conclusions verbales seraient écartées, et cette forme d'intervention déclarée non-recevable[2]. L'intervenant a le choix entre deux procédés : l'un, relativement coûteux, que le Code autorise, et dont le tarif permet de porter les frais en taxe; l'autre, aussi régulier, plus économique, et dont l'intervenant a certainement le droit de se contenter[3]. Le premier consiste dans une requête grossoyée[4], semblable à celles que les parties principales échangent entre elles avant que l'affaire vienne à l'audience[5], mais dont l'usage est facultatif pour l'intervenant comme pour elles[6]; le second consiste dans un acte d'avoué à avoué qui contient les conclusions de l'intervenant et les moyens à l'appui[7]. Requête grossoyée ou simple

§ **929**. [1] Bonnier, *op. cit.*, n° 721.

[2] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 64. Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 144. Bonnier, *op. et loc. cit.*

[3] La commission de 1866 supprimait cette option, et décidait que l'intervention serait formée, à l'avenir, par de simples conclusions motivées (Greffier, *op. cit.*, p. 58).

[4] Autrefois, cette requête était présentée au juge (Ferrière, *op. cit.*, v° *Intervention*); il n'en est plus de même aujourd'hui. L'intervention n'est pas une de ces demandes qui ne peuvent être formées qu'avec l'autorisation préalable du président ou du tribunal (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 69; Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1272; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 140; Bonnier, *op. et loc. cit.*; voy., sur les demandes auxquelles je viens de faire allusion, t. II, § **614**).

[5] Voy., sur la forme et sur le coût de cette requête, D. 16 févr. 1807, art. 75, §§ 7, 10 et 24; Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 139; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 532; Bonnier, *op. et loc. cit.* Comp., sur les requêtes ou défenses échangées entre parties principales, t. II, § **678**.

[6] Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 144. Bruxelles, 25 avr. 1822 (D. A. *v° cit.*, n° 120).

[7] Bourbeau, *op. et loc. cit.* Bruxelles, 25 avr. 1822 (D. A. *v° et loc. cit.*). L'article 70 du décret du 30 mars 1808 (Voy. t. II, § **679**) ne s'applique pas plus littéralement à ces conclusions qu'à toutes celles qui peuvent être déposées dans une instance : celles-ci doivent être signifiées d'avance, puisqu'on vient de voir qu'il ne serait pas permis de les prendre verbalement à l'audience, mais il n'est pas nécessaire de les signifier trois jours auparavant ; il suffit de le faire la veille ou l'avant-veille (Req. 13 mars 1878; D. P. 79. 1. 38).

acte d'avoué à avoué, l'acte d'intervention constitue, naturellement, l'avoué qui l'a signé[8], et indique nécessairement le nom de l'intervenant; cette indication substantielle de l'exploit d'ajournement[9] n'est pas moins nécessaire dans l'acte où l'intervenant se fait pour la première fois connaître[10]. Une copie des pièces justificatives doit l'accompagner, mais cette formalité n'est pas prescrite à peine de nullité[11] : il sera sursis à plaider sur l'intervention jusqu'à ce que cette copie ait été signifiée[12]; et c'est seulement dans le cas où elle ne le serait pas en temps utile que l'intervention pourrait être déclarée non-recevable[13]. L'acte d'intervention est signifié à toutes les parties en cause en l'étude de leurs avoués, et, si le défendeur n'en a pas constitué, à son domicile[14].

§ **930**. L'intervention ainsi formée est-elle recevable? C'est la première question que le tribunal ait à juger. C'est aux parties principales à la poser par requête grossoyée[1], car on n'aperçoit pas quelles raisons d'ordre public pourraient déterminer le tribunal à écarter l'intervention d'office[2], et l'on

[8] Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 478.

[9] Voy. t. II, §§ **577** et **651**.

[10] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 70. Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1273. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 477. Bonnier, *op. et loc. cit.* Colmar, 22 févr. 1809 (D. A. *v° cit.*, n° 117). *Contrà*, Rennes, 26 juin 1815, req. 6 avr. 1830 (D. A. *v° et loc. cit.*).

[11] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 66. Carré, *op. et loc. cit.* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 139, note 1. Rodière, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. et loc. cit.* Rennes, 31 juill. 1811 (D. A. v° *Exceptions*, n° 490), 26 juin 1815 (D. A. v° *Intervention*, *loc. cit.*) et 27 juin 1817 (D. A. *v° cit.*, n° 118). Req. 26 avr. 1830 (D. A. *v° cit.*, n° 117). Bordeaux, 25 janv. 1833; Bruxelles, 22 nov. 1834 (D. A. *v° cit.*, n° 118). Pau, 4 août 1857 (D. P. 57. 2. 178). *Contrà*, Colmar, 22 févr. 1809 (D. A. *v° cit.*, n° 117).

[12] Voy., en ce sens, les autorités citées à la note précédente. Cette signification tardive, par un acte distinct de la demande en intervention, n'entrerait pas en taxe, et resterait, quoi qu'il arrive, à la charge de l'intervenant (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 67; Bruxelles, 22 nov. 1834, D. A. *v° cit.*, n° 118; Pau, 4 août 1857, D. P. 57. 2. 178).

[13] Bioche, *op.*, *v° et loc. cit.* Nîmes, 18 avr. 1811 (D. A. *v° et loc. cit.*).

[14] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 68. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1273 *ter*. *Contrà*, Bourbeau (*Op. cit.*, t. V, p. 145) et Bonnier (*Op. et loc. cit.*), qui veulent que l'acte d'intervention soit signifié par assignation au défendeur qui n'a pas d'avoué.

§ **930**. [1] Arg. art. 337, al. 2; D. 16 févr. 1807, art. 70, § 10. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 72. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1273 *bis*. Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 139. Bonnier, *op. et loc. cit.*

[2] Dire que les fins de non-recevoir sont opposables en tout état de cause (Voy.

verra au § suivant que, s'il craint de la voir retarder outre mesure le jugement de la demande principale, il a d'autres moyens de l'en empêcher. L'intervention peut être contestée : 1° pour vice de forme[2] ; 2° pour défaut d'intérêt, de pouvoir ou de capacité, ou encore parce qu'étant étrangère à l'objet de la demande originaire, elle doit elle-même se produire sous forme d'action principale[4]. Dans le premier cas, le tribunal statue immédiatement[5]; dans le second, il joint cet incident au fond même de l'intervention pour le juger comme il sera dit ci-après[6]. Il y a, en effet, deux différences entre l'intervention contestée pour vice de forme, et celle que les parties principales combattent par des raisons tirées du fond. 1° Le vice de forme donne lieu à une exception qui doit être proposée dès le début[7], au lieu que les autres contestations sont l'objet d'une fin de non-recevoir opposable en tout état de cause[8]. 2° L'exception peut être jugée immédiatement, tandis que la fin de non-recevoir se confond nécessairement avec le fond même de l'intervention; on verra, en effet, aux §§ **932** et suivants que, si les pré-

t. I, § **387**, ne signifie pas qu'elles soient d'ordre public, et que le tribunal ait, par conséquent, le droit de les opposer d'office (Voy. *ib.*, note 14). La demande en intervention peut soulever des questions d'ordre public — l'intervenant n'élève-t-il pas une prétention contraire aux bonnes mœurs? n'intervient-il pas, au nom d'un intérêt purement pécuniaire, dans un débat où il s'agit uniquement d'une question d'état? — mais ces questions seront résolues par le jugement qui sera rendu sur le fond de cette demande, et il n'en est aucune dont la solution doive être donnée au moment même où l'acte d'intervention vient d'être signifié (Aj. *infrà*, note 4; et, sur la question de savoir par qui et dans quelle instance une intervention peut être formée, *infrà*, §§ **932** et suivants).

[3] Je comprends parmi les vices de forme le retard de l'intervenant à signifier copie des pièces à l'appui de sa demande (Voy. le § précédent).

[4] Voy. : 1° sur l'intérêt, la capacité et le pouvoir requis en cette matière, 2° sur la non-recevabilité de l'intervention étrangère à l'objet de la demande principale, *suprà*, § **928**, note 2. Elle ne peut être contestée comme tardive que dans le cas où elle se produit après la clôture des débats, car on verra au même § qu'elle est admissible en tout état de cause (Voy., sur ce point, Bonnier, *op. cit.*, n° 722).

[5] Et après procédure orale, à moins que cet incident n'exige, par extraordinaire, une instruction par écrit (Art. 341 ; comp. *infrà*, même §, et, sur le texte arrêté par la commission de 1866, Greffier, *op. cit.*, p. 59).

[6] Le tribunal peut-il, en admettant l'intervention, ordonner que l'intervenant en paiera les frais sans répétition, lors même qu'il aurait gain de cause? Voy. *infrà*, § **937**.

[7] Voy. *suprà*, § **903**. A moins qu'elle n'ait un caractère d'ordre public (Voy. *suprà*, § **905**), mais, en fait, cette circonstance ne peut se présenter ici.

[8] Voy., sur les fins de non-recevoir, t. I, § **387** ; et, en sens contraire, pour ce cas particulier, req. 13 mai 1896 (D. P. 96. 1. 493).

tentions de l'intervenant sont définitivement écartées, c'est toujours faute d'intérêt ou de qualité[9]. Si l'intervention n'est pas contestée, le tribunal n'a pas de jugement à rendre pour la déclarer recevable, et se contente d'en donner acte à l'intervenant[10].

§ **931**. Cette demande est recevable en tout état de cause — j'ai défini cette expression au § **381**[1] — mais l'article **340** prend les précautions nécessaires pour qu'elle n'arrête pas le jugement de la demande principale au moment même où il va être rendu : « L'intervention ne pourra retar- « der le jugement de la demande principale quand elle sera « en état »[2]. Il ne s'agit pas ici d'une cause en état suivant la définition que j'en ai donnée au § **683**, mais d'une cause entièrement instruite et prête à recevoir jugement[3]. L'intervenant doit faire marcher sa demande du même pas, « venir « prêt » comme on disait autrefois[4], c'est-à-dire prêt à con-

[9] Voy., sur le jugement des contestations relatives au droit d'intervenir, Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 143.

[10] Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 142.

§ **931**. [1] Voy. Rennes, 16 juin 1818 (D. A. v° *Péremption*, n° 224); Orléans, 15 janv. 1833 (D. A. v° *Intervention*, n° 102); Bordeaux, 25 janv. 1833 (D. A. v° *cit.*, n° 118); trib. de Brives, 12 juill. 1843 (D. P. 45. 3. 175); Aix, 16 mai 1860 (D. P. 60. 2. 118).

[2] Cette disposition, spécialement reproduite par la loi du 10 juillet 1893 sur la liquidation de la compagnie de Panama (Art. 2; voy. sur cette loi, t. I, § **294**, note 1), est empruntée au titre XI (Art. 28 et suiv.) de l'ordonnance d'avril 1667, où elle était plus nécessaire qu'aujourd'hui à cause des *committimus* et des évocations de grâce. Il arrivait fréquemment qu'une partie faisait intervenir, dans l'affaire où elle redoutait le jugement du tribunal devant lequel elle était assignée, une personne privilégiée qui entraînait l'affaire devant ses propres juges peut-être mieux disposés : c'étaient les interventions « officieuses » ou « mendiées » (Pothier, *op. cit.*, n° 116; Jousse, *op. cit.*, t. I, p. 151 et suiv.; Rodier, *op. cit.*, p. 152 et suiv.; voy., sur les *committimus* et évocations de grâce, et sur leur abolition par la Révolution française, t. II, § **393**; comp., sur les motifs qui s'opposaient autrefois à ce que les demandes reconventionnelles fûssent facilement admises, t. I, § **391**). L'intervention, n'étant recevable que dans une instance valablement engagée, ne couvre pas la nullité de cette dernière pour défaut d'intérêt en la personne du demandeur (Bourges, 14 juin 1892 et 31 déc. 1894; S. 95. 2. 82).

[3] Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1273 *quinquies*. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 533. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 478. Bonnier, *op. cit.*, n° 719. Bruxelles, 15 janv. 1822 (D. A. v° *cit.*, n° 53). L'intervention peut donc être formée après le commencement des plaidoiries, pourvu que le jugement de la demande principale n'en doive pas souffrir de retard (Lyon, 8 janv. 1868, D. A. v° *cit.*, supp., n° 50; Orléans, 24 mai 1883, D. P. 84. 2. 148; trib. de la Seine, 18 juin 1885, le *Droit* du 19, p. 591 : *contrà*, trib. de Pontoise, 9 juin 1890, S. 95. 1. 30).

[4] Rodier, *op. cit.*, p. 152.

clure et à plaider[5]; il prend l'affaire au point où elle est, sans pouvoir opposer les exceptions déjà couvertes[6]. Sa demande s'instruit oralement, quand même l'affaire principale serait jugée par écrit, à moins que l'intervention n'exige aussi l'emploi de cette procédure exceptionnelle[7]. Les parties principales ne peuvent pas non plus faire traîner l'intervention en longueur en tardant à y répondre, et, faute par elles de la contredire en temps utile, l'intervenant a le droit de passer outre et de pousser l'instruction jusqu'au point où finit le rôle des parties[8]. S'il n'a pu ou su faire les diligences nécessaires pour en venir là, le tribunal, disjoignant les deux demandes, statue au principal, et renvoie l'intervenant à introduire une nouvelle instance. Dira-t-on qu'il peut, comme pour une demande reconventionnelle[9], juger successivement la demande principale dès qu'elle est en état, et l'intervention dès qu'elle y sera? Ce serait assimiler deux situations essentiellement différentes. La demande reconventionnelle n'est pas forcément le contrepied de la demande principale, et on conçoit que le même tribunal puisse, sans se contredire, les admettre successivement; mais comment pourrait-il donner gain de cause à l'intervenant, après avoir prononcé sur la demande principale? Ou le jugement de cette dernière est opposable à l'intervenant, ou il est pour lui *res inter alios acta* : s'il lui est opposable, le jugement de l'intervention n'a plus d'objet; sinon, le tribunal se démentirait en jugeant en faveur de l'intervenant un point de droit qu'il vient de juger en faveur de l'une des parties principales[10]. Cette situation sera mieux

[5] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 74. Carré, *op. cit.*, t. VII, quest. 1574. Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 155 et suiv. Rodière, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. et loc. cit.*

[6] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 79. Carré, *op. et loc. cit.* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 161 et suiv. Bourges, 4 juin 1839 (D. A. v° *Arbitrage*, n° 570). Req. 4 janv. 1841 (D. A. v° *Acquiescement*, n° 274). *Contrà*, civ. cass. 18 avr. 1835 (D. A. v° *Compétence civile des tribunaux d'arrondissement*, n° 28). L'intervenant pourrait-il faire procéder à une nouvelle enquête? La négative résulte : 1° de l'article 340 qui n'autorise pas une aussi longue instruction; 2° des principes généraux qui s'opposent à ce qu'une seule instance donne lieu à plusieurs enquêtes (Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 161 et suiv.; Riom, 7 mai 1825, D. A. v° *Interdiction*, n° 106).

[7] Art. 341. Voy. Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 78 et 82; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 532.

[8] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 72. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1273 *bis*.

[9] Voy. *suprà*, § **926**.

[10] Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 165 et suiv. Voy. cep. civ. cass. 24 déc. 1834 (D. A. v° *Privilèges et hypothèques*, n° 1204).

comprise après les explications données aux §§ suivants[11]; mais j'ajoute immédiatement, pour n'en pas exagérer l'importance, que l'article 340 n'est pas une disposition impérative. et que le tribunal verra, dans sa sagesse, s'il ne vaut pas mieux faire subir un temps d'arrêt à la demande principale, que de la juger précipitamment en laissant pendantes les questions soulevées par l'intervention[12].

§ **932**. La partie la plus intéressante de ce sujet est justement celle que le Code de procédure a passée sous silence : à qui appartient le droit d'intervenir, et dans quelles instances peut-il s'exercer? La jurisprudence l'a résolue dans le sens le plus large, tant à cause des avantages que l'intervention présente et des heureux résultats qu'elle peut produire — je reviendrai sur ce point de vue au § **937** — qu'en vertu du principe que quiconque a un intérêt légitime a une action pour le faire valoir[1], et par argument des articles 882 et 1447 du Code civil et 466 du Code de procédure. Les deux premiers, qui admettent les créanciers à intervenir dans les partages judiciaires et dans les demandes de séparation de biens, ne sont assurément pas des dispositions spéciales et exceptionnelles, mais l'application d'un principe en vertu duquel les créanciers peuvent intervenir dans tous les procès où leur débiteur est en cause et leur intérêt en jeu[2]. Le troisième, qui exclut du droit d'intervenir en appel quiconque

[11] La nullité de la demande principale, sa non-recevabilité, et l'acquiescement du défendeur dispensent-ils le tribunal de statuer sur l'intervention? Voy., pour l'affirmative, Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 135, civ. cass. 12 août 1889 (D. P. 90. 1. 457), Rennes, 9 févr. 1891 (D. P. 91. 2. 174), Douai, 26 juill. 1897 (D. P. 98. 2. 123); pour la négative, Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1273 *quater*, Bourges, 2 avr. 1828 (D. A. v° *Vente*, n° 1244), req. 2 juin 1830 (D. A. v° *Intervention*, n° 128), Colmar, 13 mars 1850 (D. P. 55. 2. 227), Rouen, 5 mars 1890 (D. P. 92. 2. 320). *Quid* du désistement du demandeur principal? Voy. *infrà*, § **937**.

[12] Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1273 *quinquies*. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 533. Rodière, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. et loc. cit.* Bruxelles, 15 juill. 1822 (D. A. *v° cit.*, n° 53). Orléans, 27 déc. 1850 (D. P. 51. 2. 101). *Contrà*, Orléans, 19 avr. 1845 (D. P. 51. 2. 68).

§ **932**. [1] Voy. t. I, § **296**.

[2] Aussi l'article 882 du Code civil n'exclut-il pas l'intervention, dans une demande en partage aussi bien que dans toute autre, des tiers intéressés autres que les créanciers (Civ. cass. 1er juin 1891; D. P. 92. 1. 212; S. 91. 1. 401, voy. *ib.* le rapport de M. le conseiller Ruben de Couder; aj., sur cet article, le § suivant, et sur l'article 1447 du Code civil, *infrà*, même §).

n'aurait pas le droit de former tierce opposition contre l'arrêt qui sera rendu[3], présuppose évidemment l'application en première instance d'un principe tout différent, d'après lequel l'intervention est très largement admise[4]. La jurisprudence en conclut : 1° qu'il ne faut pas, pour intervenir, d'autres conditions que pour intenter l'action principale : l'intérêt[5], la qualité[6],

[3] Voy., sur cet article et sur la tierce opposition, les tomes VI et VII.

[4] Les arrêts suivants sont ceux qui posent le plus nettement ce principe : req. 29 déc. 1841 (D. A. v° *Jugement*, n° 14); Aix, 18 janv. 1870 (D. P. 72. 5. 279); req. 10 nov. 1874 (D. P. 75. 1. 208); cons. d'Ét. 29 mars 1878 (D. P. 78. 3. 57). Malgré les dissidences de détail dont on trouvera l'indication aux notes suivantes, les auteurs sont également unanimes à reconnaître dans la plus large mesure le droit d'intervention (Voy. notamment Bioche, *op. et v° cit.*, n° 5; Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1270; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 108 et suiv.; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 531; Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 476; Bonnier, *op. cit.*, n° 718). On était beaucoup moins disposé dans notre ancien droit à accueillir les interventions (Jousse, *op. et loc. cit.*; Rodier, *op. cit.*, p. 152 et suiv.); cela tenait aux considérations indiquées *suprà*, § **931**, note 2.

[5] L'intervention doit être rejetée toutes les fois qu'elle ne repose pas sur un intérêt sérieux (Bioche, *op., v° et loc. cit.*; Carré, *op. et loc. cit.*; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Douai, 17 déc. 1813, D. A. v° *Intervention*, n° 57; req. 24 janv. 1815, D. A. *v° cit.*, n° 40; civ. rej. 23 janv. 1816, D. A. v° *Mariage*, n° 320; Rouen, 5 févr. 1817, D. A. v° *Intervention*, n° 58; Colmar, 20 févr. 1824, D. A. v° *Compte*, n° 105; req. 6 août 1860, D. P. 61. 1. 75; Besançon, 23 juin 1873, D. P. 74. 2. 145; Lyon, 23 juill. 1874, D. P. 75. 1. 147; cons. d'Ét. 29 mars 1878, D. P. 78. 3. 57), mais elle doit être admise par cela seul que l'intervenant, ayant d'ailleurs qualité et capacité ou pouvoir suffisants, justifie d'un intérêt (Orléans, 4 juin 1892, D. P. 96. 2. 161; req. 13 mai 1896, D. P. 96. 1. 493), et les juges du fond ont un pouvoir discrétionnaire d'appréciation à l'effet de décider s'il justifie d'un intérêt suffisant (Req. 10 nov. 1874; D. P. 75. 1. 208). C'est en vertu de ce principe que le droit d'intervenir sur la demande en interprétation d'un jugement a été refusé aux personnes qui n'ont pas été parties à ce jugement (Voy. le § précédent, note 2).

[6] Voy., sur le sens de cette expression, t. I, § **300**. Le conseil d'État a reconnu une qualité suffisante, à l'effet d'intervenir, aux agrégés des Facultés de médecine nommés à la suite d'un concours dont un candidat non admis demandait la nullité (16 nov. 1894; D. P. 95. 3. 73; S. 96. 3. 65, voy. *ib.* les conclusions de M. Saint-Paul, commissaire du Gouvernement). La même qualité a été reconnue aux exécuteurs testamentaires, en ce qui concerne les instances en nullité de testament (Poitiers, 25 mars 1889; D. A. v° *Intervention*, supp., n° 20); au président d'une société de secours mutuels, quant aux demandes formées par un secrétaire contre un membre d'une autre société (Angers, 23 janv. 1893; D. P. 94. 2. 181); aux créanciers, quant aux instances en liquidation ou en partage où leur débiteur est intéressé (Douai, 18 avr. 1896; D. P. 97. 2. 165); et au consul d'Espagne, à propos des instances relatives aux successions laissées par les Espagnols décédés en France et confiées à son administration (Civ. cass. 9 févr. 1897; D. P. 97. 1. 137, voy. *ib.* la note de M. Sarrut; S. 97. 1. 169). La loi du 10 juillet 1893, sur la liquidation de la compagnie de Panama, a également reconnu à l'administrateur le droit d'intervenir dans les instances qui intéressent cette liquidation (Art. 2; voy., sur cette loi, t. I, § **294**, note 1, et *suprà*, § **982**). Voy. au contraire, dans un arrêt de la cour de Lyon, du 26 mars 1891, un exemple d'intervention rejetée pour défaut de qualité (S. 92. 2. 289).

la capacité d'ester en justice[7], et un pouvoir suffisant si l'on intervient au nom d'autrui[8]; 2° qu'il ne s'agit pas ici d'un intérêt né et actuel, mais d'un intérêt simplement éventuel, et que la seule crainte du préjugé qui pourrait résulter du jugement de la demande principale est un motif suffisant pour intervenir[9]; 3° que l'intérêt moral a la même valeur, en pareil cas, que l'intérêt pécuniaire[10]; qu'on peut, notamment, poursuivre par voie d'intervention la suppression d'un mémoire injurieux ou diffamatoire[11], et que les demandes de l'intervenant ne peuvent jamais être écartées sous prétexte d'opposition entre son intérêt moral et son intérêt pécuniaire. C'est ainsi que des collatéraux de la ligne paternelle ont été admis à intervenir dans un procès en réclamation d'état intenté par un enfant contre des collatéraux de la ligne maternelle, bien qu'en fait les intervenants eûssent un intérêt moral à soutenir les prétentions de l'enfant et un intérêt pécuniaire à les combattre[12]. L'intervention des créanciers dans les procès de leur débiteur, et des avocats et

[7] Caen, 19 mars 1839 (D. A. v° *Mariage*, n° 265). Voy., sur la capacité d'ester en justice, t. I, § **315**.

[8] Aix, 9 janv. 1810 (D. A. v° *Contrat de mariage*, n° 3326). Colmar, 2 août 1817 (D. A. v° *Intervention*, n° 27). Cons. d'Ét. 1er avr. et 19 août 1837, et 8 juill. 1840 (D. A. v° *Commune*, n° 1520). Orléans, 19 avr. 1845 (D. P. 51. 2. 68). Req. 12 avr. 1847 (D. P. 48. 1. 30). Voy., sur le pouvoir d'agir en justice, t. I, § **316**. Quand je parle d'une intervention formée au nom d'autrui, je suppose un cas où la règle « Nul n'agit par procureur » ne s'applique pas, car, si elle s'appliquait, l'intervention serait rejetée pour défaut de qualité chez l'intervenant (Voy. t. I, §§ **301** et suiv.).

[9] Civ. cass. 27 mars 1822 (D. A. v° *Dispositions entre-vifs et testamentaires*, n° 909). Bourges, 2 avr. 1828 (D. A. v° *Vente*, n° 1244). Bordeaux, 16 août 1870 (D. P. 71. 2. 233). Voy., dans le même sens, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 37; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1270; Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 477, note 1; Bonnier, *op. et loc. cit.;* Orléans, 31 mars 1892 (D. P. 92. 2. 365, S. 94. 2. 38); Poitiers, 16 mai 1894 (S. 94. 2. 245). Comp. Alger, 26 oct. 1893 (D. P. 94. 2. 597).

[10] Nîmes, 6 mars 1822; Paris, 29 juin 1826; req. 24 juill. 1840 (D. A. v° *Intervention*, n° 33). Voy., dans le même sens, Bioche, *op. et v° cit.* n° 38; Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1270; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.;* Grenoble, 5 avr. 1827 (D. A. *v° cit.*, n° 31).

[11] Nîmes, 11 juill. 1827 (D. A. *v° cit.*, n° 33). Amiens, 15 mars 1833 (D. A. *v° cit.*, n° 31). Req. 7 nov. 1838 (D. A. *v° cit.*, n° 32). Req. 9 déc. 1874 (D. P. 75. 1. 225). Rennes, 23 déc. 1876 (D. P. 77. 2. 51). *Contrà*, Grenoble, 28 janv. 1832 (D. A. *v° cit.*, n° 31). Voy., dans le même sens, Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 38 et suiv.; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1270 *quater;* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*, et, en sens contraire, Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 122. Je suppose, bien entendu, que les imputations du mémoire ont excédé les droits de la défense tels qu'ils ont été déterminés t. I, § **250**.

[12] Rouen, 14 mars 1877 (D. P. 77. 2. 193).

officiers ministériels dans certains procès de leurs confrères, fournit les principales applications de cette théorie[13].

§ **933**. A. C'est en vertu des principes généraux du droit civil que les créanciers interviennent dans les instances où leur débiteur est partie[1]; et, comme ils le font seulement pour la conservation de leurs droits, les créanciers à terme ou conditionnels y sont admis aussi bien que les créanciers purs et simples[2]. Leur intervention peut se produire dans deux circonstances différentes, suivant qu'ils exercent un droit qui leur est propre ou celui de leur débiteur.

§ **934**. *a*. Dans la première classe rentrent : 1° les créanciers privilégiés, hypothécaires, gagistes, antichrésistes ou rétenteurs, tous investis d'un droit réel et, par conséquent, exclusif sur l'objet mobilier ou immobilier qu'une loi, un ju-

[13] Je ne puis passer en revue les applications très fréquentes qui ont été faites du droit d'intervention, et les cas presque aussi nombreux où cette action a été déclarée non-recevable. La question s'est toujours ramenée à ces termes : l'intervenant avait-il intérêt ? Aussi me bornerai-je, sur ce point, aux deux observations suivantes. 1° Il est permis d'intervenir dans une instance où le demandeur a été déclaré non-recevable, quand on a soi-même qualité pour agir et qu'on se substitue au demandeur en prenant son fait et cause (Req. 8 juill. 1819; D. A. v° *Action possessoire*, n° 528). 2° Le garant n'est pas tenu d'attendre qu'on le mette en cause (Voy., sur ce point, *infrà*, §§ **943** et suiv.), et peut intervenir spontanément pour empêcher, s'il se peut, la condamnation du garanti (Civ. cass. 26 mars 1834, D. A. v° *Intervention*, n° 59; voy., dans le même sens, Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 28, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 7, Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1270, Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 117, Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*). Voy., sur les questions relatives à l'intérêt et au défaut d'intérêt en matière d'intervention, Dalloz et Vergé, *op. cit.*, art. 339, n°s 25 et suiv.; civ. rej. 9 mars 1875 (D. P. 76. 1. 101); civ. rej. 17 janv. 1876 (D. P. 76. 1. 151); Limoges, 25 nov. 1876 (D. P. 78. 2. 148); Paris, 12 juill. 1879 (D. P. 80. 2. 97); Poitiers, 27 mai 1880 (D. P. 81. 2. 18); civ. cass. 1er déc. 1880 (D. P. 81. 1. 121); et les arrêts plus récents qui ont déclaré recevable l'intervention d'une partie mal assignée (Civ. rej. 14 avr. 1885; D. P. 85. 1. 401), d'un notaire ou d'un huissier dans la demande en nullité des actes par eux faits (Lyon, 5 janv. 1891, D. P. 92. 2. 509; Rennes, 28 avr. 1892, D. P. 93. 2. 95); d'un tiers qui réclame la suppression avec dommages-intérêts de conclusions diffamatoires (Poitiers, 11 juill. 1892, D. P. 94. 2. 149; S. 92. 2. 284; cons. d'Ét. 13 janv. 1893, D. P. 94. 3. 27; S. 94. 3. 110), et d'un cessionnaire de bail qui conteste les prétentions que le bailleur a formulées, quant à la consistance des lieux loués, dans une instance pendante entre lui et le locataire (Paris, 10 nov. 1896; D. P. 97. 2. 188).

§ **933**. [1] On trouvera aux §§ suivants plusieurs applications de cette idée générale.

[2] Voy., sur l'article 1180 du Code civil, qui admet les créanciers conditionnels (et, *à fortiori*, les créanciers à terme) à pratiquer des mesures conservatoires, t. I, § **298**.

gement ou une convention affectent à la sûreté de leur créance[1]; 2° les créanciers qui jouissent d'une action directe contre une personne qu'ils pourraient aussi poursuivre au nom de leur débiteur : le bailleur, contre le sous-locataire; les ouvriers engagés par un entrepreneur, contre le propriétaire pour le compte duquel ils ont travaillé; le mandant, contre la personne que le mandataire s'est substituée; l'avoué de la partie qui a gagné son procès, contre celle qui l'a perdu[2]; 3° les créanciers d'un commerçant en faillite, qui peuvent demander isolément[3], ou par l'intermédiaire d'un syndic, la nullité des actes faits par leur débiteur après la cessation de ses paiements ou dans les dix jours qui ont précédé[4]; 4° les créanciers chirographaires du donateur d'un immeuble susceptible d'hypothèque, qui peuvent opposer au donataire le défaut de transcription de sa donation[5]; 5° les créanciers d'une société commerciale et les créanciers personnels des associés,

§ **934**. [1] C. civ., art. 2075, 2082, 2091, 2095, 2114, 2121, 2123 et 2124. Le privilège est un droit réel comme l'hypothèque; c'est même une hypothèque privilégiée (Voy. t. I, § **319**, note 8). Je range aussi le droit de rétention, et, spécialement, l'antichrèse parmi les droits réels, car ils ont tous les attributs de la réalité, excepté le droit de suite que le créancier rétenteur ne peut plus exercer lorsqu'il s'est dépossédé spontanément, ou qu'il s'est laissé imprudemment dépouiller de la chose qu'il avait le droit de garder jusqu'au paiement de sa créance. C'est l'opinion généralement admise aujourd'hui (Arg. C. comm., art. 446; L. 23 mars 1855, art. 2-1°), et les auteurs qui ne l'admettent pas arrivent, par d'autres voies, à des résultats à peu près identiques (Voy. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. III, p. 119; Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. IX, n° 5 *bis*-I et II; Pont, *Des privilèges et hypothèques*, t. I, n°s 21 et 22; Valette, *Des privilèges et hypothèques* (Paris, 1846), n° 6; Glasson, *Du droit de rétention* (Paris, 1862), p. 31 et suiv., 103 et suiv.).

[2] Art. 133. C. civ., art. 1753, 1798 et 1994. D. 12 déc. 1806, art. 2. Voy., sur cette action directe, t. I, § **312**.

[3] Mais au nom de la masse des créanciers et dans leur intérêt commun : un créancier isolé ne pourrait agir en pareille circonstance dans son intérêt exclusif, surtout si cet intérêt était en contradiction avec celui de la masse (Alauzet, *Commentaire du Code de commerce*, t. VII, n° 2520; Boistel, *op. cit.*, n° 942; Rataud, *Revue de jurisprudence commerciale*, dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. XXXI, 1867, p. 1 et suiv.; civ. cass. 13 juill. 1857, D. P. 57. 1. 385).

[4] C. comm., art. 443, 446 et suiv. Les créanciers ou le syndic qui les représente agissent si bien en vertu d'un droit propre, lorsqu'ils provoquent la nullité des actes du failli, que le failli lui-même ne pourrait la demander, quand même il aurait obtenu un concordat (Demangeat, sur Bravard, *op. cit.*, t. V, p. 425; Alauzet, *op. cit.*, t. VII, n°s 2702 et suiv.; Boistel, *op. cit.*, n°s 910, 942 et 1051; req. 15 juill. 1857, D. P. 57. 1. 385; Aix, 23 août 1871, D. P. 73. 2. 225; req. 13 févr. 1878, D. P. 78. 1. 291).

[5] C. civ., art. 941 et 970. Cette solution, autrefois controversée, est généralement admise aujourd'hui (Demolombe, *op. cit.*, t. XX, n° 301; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VII, p. 391; Demante, *op. cit.*, t. IV, n° 82 *bis*-VIII).

qui peuvent demander la nullité de cette société pour défaut de publication[6]. Tous ces créanciers interviennent en leur propre nom dans les instances où leurs intérêts sont en jeu, et exercent sous cette forme, comme ils pourraient le faire par voie principale, l'action qui leur appartient[7], et il en sera de même si deux créanciers hypothécaires plaident sur la priorité de leurs hypothèques respectives, et qu'un troisième intervienne pour faire juger qu'il leur est préférable à tous deux[8] — si un locataire agit contre son sous-locataire en paiement de loyers dus par ce dernier, et que le bailleur intervienne pour se les faire attribuer — si la partie qui a gagné son procès agit contre son adversaire en paiement des dépens, et que son avoué intervienne pour se les faire adjuger[9] — si deux donataires successifs d'un même immeuble

[6] C. comm., art. 42. L. 24 juill. 1867, art. 56. La nullité des sociétés commerciales, qui n'ont pas été publiées conformément à l'article 56 de la loi du 24 juillet 1867, peut être opposée par tous les intéressés, les associés exceptés; lors donc que les créanciers de la société, et surtout les créanciers personnels des associés, opposent cette nullité, ils exercent un droit qui leur est propre (Voy., sur l'intérêt que peuvent avoir ces deux classes de créanciers à ce que la nullité de la société soit prononcée, Boistel, *op. cit.*, nos 359 et suiv.; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. I, nos 309, 311 et 435).

[7] Bioche, *op. et vo cit.*, nos 13, 14 et 15. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* La question est cependant très controversée, et généralement résolue en sens contraire, pour les créanciers de la faillite qui prétendent intervenir dans les instances où la masse est représentée par le syndic : la jurisprudence n'y admet leur intervention que s'ils justifient d'un intérêt distinct de celui de cette masse (Req. 10 nov. 1890, D. P. 92. 1. 8, S. 91. 1. 241; cons. d'Ét. 19 déc. 1890, D. P. 92. 3. 46; S. 92. 3. 151; trib. de Lille, 19 juin 1895, D. P. 96. 2. 353; voy. *ib.* la note de M. Jean Appleton), et, notamment, s'ils sont créanciers hypothécaires (Civ. rej. 24 mars 1891; D. P. 91. 1. 145; S. 91. 1. 209). A l'inverse, le syndic peut-il intervenir au nom de la masse : 1o dans les instances qui sont pendantes entre le failli et un tiers au moment de la déclaration de faillite? voy., pour l'affirmative, Grenoble, 8 août 1887 (D. A. vo *Faillites, banqueroutes et liquidations judiciaires*, supp., no 448)? 2o dans toutes celles où la masse a intérêt à ce qu'aucun créancier ne se fasse attribuer une situation privilégiée? voy., dans le même sens, Amiens, 2 juill. 1892; D. P. 93. 2. 505). Aj., pour l'administrateur de la liquidation de la compagnie du Panama, t. I, § **294**, note 1.

[8] Voy., sur l'intervention des créanciers hypothécaires, Bruxelles, 17 juin 1822; civ. cass. 10 août 1825 (D. A. vo *cit.*, no 53); Orléans, 10 févr. 1876 (D. P. 77. 2. 113). Aj., sur celle des créanciers antichrésistes, civ. rej. 7 mars 1820 (D. A. vo *Obligations*, no 3113); et sur celle des créanciers dans la demande en nullité d'une adjudication, nullité qui peut entraîner la diminution du prix pour lequel cette adjudication a été prononcée, et les empêcher ainsi d'être payés (Paris, 16 nov. 1892; D. P. 94. 2. 246).

[9] Voy., sur la distraction des dépens, *infrà*, §§ **1111** et suiv., **1209** et suiv.; et, sur l'intervention de l'avoué en cette matière, Lyon, 2 juin 1831 (D. A. vo *Frais*, no 142).

s'en disputent la propriété, et que les créanciers chirographaires du donateur, qui ont déjà saisi cet immeuble, interviennent pour faire juger qu'aucune de ces donations n'ayant été transcrite, il appartient encore au donateur — si une société commerciale est poursuivie à raison des engagements qu'elle a contractés, et que ses créanciers interviennent pour faire prononcer, faute de publication, la nullité de la société et des obligations qu'elle a souscrites[10].

§ **935**. *b*. A la seconde classe appartiennent les créanciers qui, n'ayant pas un droit propre et distinct de celui de leur débiteur, exercent le sien en vertu de l'article **1166** du Code civil, et interviennent dans les actions où il est partie pour surveiller sa conduite, conseiller son inexpérience, combler les lacunes de sa demande ou de sa défense, et déjouer, au besoin, les calculs de sa mauvaise foi. Ils peuvent, en cette qualité, former toutes les demandes, opposer toutes les exceptions de forme, et faire valoir toutes les défenses au fond qu'il aurait eu le droit et peut-être même, dans l'intérêt de ses créanciers, le devoir de présenter[1]. C'est le droit que donne l'article **882** du Code civil aux créanciers des copartageants, s'ils craignent d'être lésés dans un partage judiciaire par attribution à leur débiteur d'une part inférieure à celle qui lui revient, rapport indûment exigé de lui, soulte excessive ou indue mise à sa charge, prélèvement effectué sans cause à son préjudice[2]. C'est le même droit que donne l'ar-

[10] Voy., sur une espèce analogue, Bruxelles, 23 janv. 1832 (D. A. v° *Intervention*, n° 55). Les hypothèses énumérées au texte ne sont que des exemples; voy. encore req. 14 févr. 1848 (D. P. 49. 2. 214).

§ **935**. [1] Voy., sur l'article 1166 du Code civil, t. I, §§ **310** et suiv. Les créanciers ne peuvent intervenir dans une instance pour exercer les droits que leur débiteur lui-même fait valoir, mais leur intervention devient recevable dès que ce dernier laisse sommeiller l'instance (par exemple, la saisie immobilière) qu'il a introduite (Grenoble, 30 déc. 1896; D. P. 97. 2. 238).

[2] « Les créanciers d'un copartageant, pour éviter que le partage ne soit fait « en fraude de leurs droits, peuvent s'opposer à ce qu'il y soit procédé hors de « leur présence; ils ont le droit d'y intervenir à leurs frais, mais ils ne peuvent « attaquer un partage consommé, à moins toutefois qu'il n'y ait été procédé « sans eux et au préjudice d'une opposition qu'ils auraient formée ». Ainsi s'exprime l'article 882 du Code civil, dont l'interprétation a fait naître d'assez nombreuses difficultés : n'a-t-il trait qu'au cas où le débiteur est venu au partage avec des intentions frauduleuses, ou s'applique-t-il aussi à l'hypothèse où tous les copartageants ont conspiré au détriment des créanciers de l'un d'eux? Faut-il

ticle 1447 du Code civil aux créanciers d'un mari, contre qui sa femme demande la séparation de biens, peut-être sans motifs et pour lui permettre d'échapper, en restituant une dot qui n'est pas en péril, à l'exécution d'engagements qui n'ont rien d'excessif et qui n'ont pas mis le désordre dans ses affaires[3]. C'est, enfin, le droit que l'article 2225 du Code civil donne, en termes moins formels mais pourtant assez clairs, aux créanciers d'une personne qui, actionnée en paiement d'une dette ou en revendication d'un immeuble, pourrait opposer la prescription et s'en abstient : dire, comme cet article, que ses créanciers peuvent opposer la prescription à sa place, c'est leur permettre d'intervenir à cette fin dans l'instance où elle joue le rôle de défendeur[4]. Il est certain

distinguer suivant que la fraude a consisté à attribuer au débiteur un lot inférieur à sa part héréditaire, ou à mettre dans le lot d'un autre cohéritier les biens que ce débiteur avait hypothéqués à ses créanciers? Faut-il faire une autre distinction entre le partage judiciaire et le partage amiable? L'article 882 s'applique-t-il au partage de la communauté et aux partages de sociétés? Je ferai seulement remarquer que toutes ces questions se posent sur la seconde partie de l'article 882, celle qui refuse le droit d'attaquer le partage consommé aux créanciers qui ont négligé d'y intervenir; quant au droit même d'intervenir au partage, il est absolu, appartient à tous les créanciers, et existe dans tous les partages (Arg. C. civ., art. 1476 et 1872; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des successions*, t. III, nos 4179 et suiv.; Orléans, 30 août 1820, D. A. v° *Intervention*, n° 50; aj. Douai, 18 avr. 1896, D. P. 96. 2. 165). Enfin, l'article 882 ne diminue en rien le droit qu'ont les parties intéressées, autres que les créanciers, d'intervenir dans les instances en partage (Civ. cass. 1er juin 1891; D. P. 92. 1. 212; S. 91. 1. 401). Voy., sur l'article 882, ma Thèse de doctorat, nos 92 et suiv.; sur la question de savoir si la phrase *ils ont le droit d'intervenir à leurs frais* est une disposition spéciale, ou un principe général applicable à tous les cas d'intervention, le § suivant; et, sur le droit d'attaquer le partage consommé, le tome VII.

[3] « Les créanciers du mari peuvent se pourvoir contre la séparation de biens « prononcée et même exécutée en fraude de leurs droits : ils peuvent même in- « tervenir dans l'instance sur la demande en séparation pour la contester » (C. civ., art. 1447; aj. C. pr. civ., art. 873; voy., sur ces articles, le tome VII).

[4] « Les créanciers, ou toute autre personne ayant intérêt à ce que la prescrip- « tion soit acquise, peuvent l'opposer, encore que le débiteur ou le propriétaire « y renonce » (C. civ., art. 2225). *Le propriétaire*, c'est-à-dire celui qui n'a qu'à opposer la prescription acquisitive pour le devenir; il ne l'est pas encore avant de l'avoir invoquée, car elle n'opère pas de plein droit, et le tribunal ne peut même pas la suppléer d'office (C. civ., art. 2223). L'article 2225 est une disposition peu claire et qui prête à plus d'une interprétation : les créanciers chirographaires peuvent-ils faire annuler la renonciation formelle de leur débiteur à la prescription, et à quelles conditions le peuvent-ils? Quelque parti qu'on prenne sur cette question, il restera toujours ceci, qui n'est pas contestable : que les créanciers peuvent invoquer la prescription acquisitive ou libératoire du chef de leur débiteur, qui, sans y renoncer formellement, néglige de l'invoquer; et qu'ils peuvent intervenir à cet effet dans l'instance réelle ou personnelle engagée contre lui. Voy., en ce sens, ma Thèse de doctorat, nos 83 et suiv.; aj., sur l'article 2225,

aujourd'hui, quoiqu'on l'ait autrefois contesté, que ces dispositions ne sont que des exemples, et que les créanciers ont, en principe, le droit d'intervenir dans toutes les actions où leur débiteur est partie[5]. Ainsi le veut l'article 1166 du Code civil qui les autorise à exercer tous les droits de leur débiteur[6], et ce droit n'a d'autres bornes que celles qui sont posées par cet article : à savoir que les créanciers ne peuvent intervenir dans les actions où leur débiteur exerce un droit exclusivement attaché à sa personne[7].

§ **936**. B. L'intervention des collèges d'avocats et des corporations d'officiers ministériels, dûment représentés par leurs conseils ou chambres de discipline[1], présente plus de difficulté. Un avoué licencié en droit réclame le droit de plaider dans les causes où il occupe, ou bien ce droit qu'il exerce

Rataud, *Les créanciers chirographaires peuvent-ils faire annuler, dans la limite de leur intérêt, la renonciation de leur débiteur à une prescription acquise?* (dans la *Revue pratique de droit français*, t. I, 1856, p. 481 et suiv.).

[5] Merlin, *Répertoire*, v° *Intervention*, § 1, n° VI-3°. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 9. Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1270. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*, et quest. 1270 *bis*. Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 117. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 477. Bonnier, *op. et loc. cit.* Req. 27 févr. 1816; Bordeaux, 14 avr. 1828 (D. A. v° *cit.*, n° 46). Req. 8 févr. 1837 (D. A. v° *Tierce opposition*, n° 187). Poitiers, 10 nov. 1875 (D. P. 76. 2. 179). *Contrà*, req. 8 déc. 1825 (D. A. v° *Obligations*, n° 890); Bordeaux, 2 mai 1828 (D. A. v° *Intervention*, *loc. cit.*).

[6] Voy., sur ce point, t. I, § **310**.

[7] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 12, 22 et 56. Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 126. Rodière, *op. et loc. cit.* Civ. rej. 23 janv. 1816 (D. A. v° *Mariage*, n° 231). Req. 6 juill. 1836 (D. A. v° *Intervention*, n° 45). Voy., sur les droits exclusivement attachés à la personne, au sens de l'article 1166 du Code civil, t. I, § **311**. La fraude du débiteur et surtout sa collusion avec la partie adverse font-ils exception à cette règle, et autorisent-ils ses créanciers à intervenir? Oui, d'après Bioche (*Op. et v° cit.*, n° 12), Bourbeau (*Op. et loc. cit.*), et l'arrêt précité du 6 juillet 1836, qui raisonnent comme si les créanciers pouvaient attaquer par tierce opposition le jugement qui sera rendu contre leur débiteur dans de telles circonstances, et comme s'il y avait dès lors intérêt à admettre leur intervention pour éviter leur tierce opposition (Voy., sur l'utilité et sur les effets de l'intervention, le § suivant). Je ne puis entrer dans cette idée, car la tierce opposition ne serait, en pareille hypothèse, que l'application de l'article 1167 du Code civil, en vertu duquel les créanciers peuvent faire révoquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits (Voy. le tome VII), et les créanciers ne peuvent faire revivre, en vertu de cet article, que les droits qu'ils peuvent exercer du chef de leur débiteur, et qui, par conséquent, ne sont pas exclusivement attachés à sa personne (Voy., sur ce point, ma Thèse de doctorat, n°s 63 et 71).

§ **936**. [1] Voy., sur l'organisation et les attributions des conseils de discipline de l'ordre des avocats, et des chambres de discipline des diverses corporations d'officiers ministériels, t. I, §§ **222**, **223**, **272** et suiv., **281**.

en fait lui est contesté[2] — un notaire conteste à un huissier, ou un commissaire-priseur à un notaire, le droit de procéder à une vente mobilière[3] — un avoué et un huissier se disputent l'émolument des copies de pièces signifiées[4] — une partie fait opposition à la taxe des frais présentée par un avoué[5] : le conseil de discipline de l'ordre des avocats, les chambres de discipline des avoués, notaires, huissiers et commissaires-priseurs peuvent-ils intervenir dans ces contestations? Ce ne sera pas, bien entendu, pour faire décider d'une façon générale que le droit contesté appartient à tous les membres de la compagnie, car le tribunal qui rendrait un pareil jugement statuerait par voie de disposition réglementaire, et commettrait, par suite, un excès de pouvoir[6]. Ce sera seulement pour soutenir la prétention du confrère engagé dans les procès; pour lui donner un appui moral, en montrant à tous les yeux qu'il ne défend pas seulement son intérêt mais celui de sa compagnie; pour opposer, enfin, à sa place et avec plus de force les arguments qui doivent assurer le succès de sa cause et la reconnaissance du droit contesté. Cette espèce d'intervention a été combattue, et elle l'est encore, justement par cette raison que le jugement favorable aux prétentions de la compagnie, n'a d'autorité qu'à l'égard de l'objet du procès actuel et des personnes qui y ont été parties[7]. « Dès lors, a-t-« on dit, quelle utilité, au point de vue légal, les intervenants « pourraient-ils retirer de leur assistance au procès? La déci-« sion au fond dût-elle faire triompher le droit qu'ils sont venus « appuyer, les tiers et même la partie qui succombe pourraient « soulever contre chacun d'eux une contestation de la même « nature, sans qu'on pût leur opposer l'exception de la chose « jugée[8], de sorte que l'intervention aurait pour objet unique « d'établir un précédent. A ce compte, les commerçants au-« raient le droit d'intervenir dans les procès où figure un « autre commerçant, toutes les fois que s'agiterait une ques-

[2] Voy., sur ce droit, t. I, § **218**.
[3] Voy., sur ce point, L. 5 juin 1851, art. 1.
[4] Voy., sur ces significations, t. II, § **651**.
[5] Voy., sur la taxe des frais, *infrà*, §§ **1202** et suiv.
[6] Voy. t. I, § V; Caen, 31 mai 1851 (D. P. 53. 5. 273).
[7] Voy., sur la règle « *Res inter alios judicata aliis nec nocet nec prodest* », *infrà*, § **1128**.
[8] Voy., sur cette exception, *infrà*, §§ **1126** et suiv.

« tion qui touche aux intérêts généraux du commerce, et toute « personne menacée d'un procès aurait le même intérêt à se « présenter dans l'instance où se débat une question identi- « que à celle qu'elle prétendrait faire juger en sa faveur »[9]. Toutefois, les compagnies ont à peu près cause gagnée; leur intervention est très généralement admise, et j'ajoute qu'elle doit l'être, car leur intérêt pécuniaire, qui, je le reconnais, est insuffisant, se double ici d'un intérêt moral[10], à savoir un intérêt d'honneur ou de discipline. Soutenir que la prétention d'un confrère est fondée, et qu'il n'a pas, en revendiquant ou en usurpant un droit qui ne lui appartient pas, compromis jusqu'à un certain point la dignité de sa corporation[11], c'est invoquer l'intérêt le plus légitime et le plus respectable; et, si l'intervention des commerçants n'est pas recevable, même dans les affaires où l'intérêt général du commerce se trouve en jeu, c'est que les liens professionnels, qui unissent l'avocat ou l'officier ministériel à sa compagnie, n'existent pas entre personnes qui exercent simplement la même industrie[12].

§ **937**. Le principal avantage de l'intervention est d'écarter l'application de la règle « *Res inter alios judicata aliis* « *nec nocet nec prodest* »[1]. L'intervenant est partie au procès, et le jugement, conforme ou contraire à ses prétentions, est commun entre lui et les parties principales. Dans un cas, il

[9] Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. **124**. Voy., dans le même sens, Aix, 2 août 1825, Paris, 9 févr. 1833, Nancy, 25 juill. 1833 (D. A. *v° cit.*, n° 264); Limoges, 7 déc. 1843 (D. A. v° *Avoué*, n° 264); Toulouse, 22 mars 1845 (D. P. 45. 2. 157).

[10] L'intérêt moral suffit à légitimer l'intervention (Voy. *suprà*, même §).

[11] Voy., sur la discipline des avocats et des officiers ministériels, t. I, §§ **241** et suiv., **272** et suiv.

[12] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 26. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1270. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 476, note 1. Colmar, 30 janv. 1827; Orléans, 24 janv. 1828 (D. A. v° *Intervention*, n° 36). Paris, 9 févr. 1833 (D. A. v° *Copie de pièces*, n° 47). Nîmes, 20 déc. 1833 (D. A. v° *Défense*, n° 214). Paris, 25 août 1834 (D. A. v° *Intervention*, n° 38). Colmar, 27 mai 1837 (D. A. v° *Vente publique de meubles*, n° 37). Orléans, 21 nov. 1844 (D. P. 45. 2. 1). Caen, 31 mai 1851 (D. P. 53. 5. 273). Req. 25 juill. 1870 (D. P. 72. 1. 25). Besançon, 28 juill. 1877 (D. P. 78. 2. 50). Civ. cass. 21 oct. 1896 (D. P. 97. 1. 13). Aj., sur cette question, en ce qui concerne la juridiction correctionnelle, Accarias, *De l'intervention devant les tribunaux correctionnels*, rapport présenté à la cour de cassation à l'audience du 23 juillet 1897, (dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, nouv. sér., t. XXVI, 1897, p. 504 et suiv.); Paris, 2 févr. 1897 (D. P. 97. 2. 506).

§ **937**. [1] Voy., sur cette règle, *infrà*, § **1128**.

l'invoque au lieu de faire juger à nouveau le point de droit résolu en sa faveur[2]; dans l'autre, il ne peut éviter l'application de la chose jugée en formant tierce opposition ou en excipant de la qualité de tiers qu'il a perdue[3] : les voies de recours lui sont ouvertes comme aux parties principales, et c'est par-là seulement qu'il peut attaquer le jugement[4].

Toutefois, c'est question de savoir s'il ne faut pas distinguer, au point de vue de leurs effets, l'intervention des créanciers chirographaires des parties principales, et celle des tiers qui invoquent un intérêt distinct de celui de ces parties : la première s'appellerait conservatoire, par ce qu'elle tend seulement à empêcher qu'un débiteur diminue le gage de ses créanciers en laissant juger contre lui des procès qu'il pourrait gagner; la seconde s'appellerait agressive, parce qu'elle tend à faire juger au profit exclusif de l'intervenant la question qui se débat entre les parties principales[5]. Il y a certainement cette différence entre les créanciers chirographaires et les autres intervenants, que, si, les premiers n'intervenaient pas, ils ne pourraient se soustraire aux conséquences de la chose jugée sans prouver la collusion du débiteur et de son adversaire[6], au lieu que les seconds peuvent, en leur seule qualité de tiers, repousser, quant à eux, l'application de tout jugement qui leur est préjudiciable : on verra, en effet, au § **1128** que, si la chose jugée n'a jamais d'effet contre les tiers, elle peut être opposée, le cas de fraude excepté, aux créanciers chirographaires qui n'ont pas d'autres droits que leur débiteur[7].

[2] L'intervention est même le seul moyen qu'il ait d'atteindre ce but : une personne qui n'aurait pas qualité pour intervenir ne pourrait obtenir que le jugement lui fût déclaré commun. On s'est demandé si elle ne pourrait pas, du moins, passer une déclaration en justice et en demander acte, mais une telle prétention ne pourrait être admise sans offrir de grandes facilités à la chicane, et sans risquer d'encombrer les procès de questions plus ou moins étrangères à leur objet (Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1270 *quinquies*).

[3] Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 167. Bonnier, *op. cit.*, n° 722. Civ. cass. 31 janv. 1827 (D. A. v° *Intervention*, n° 124). Req. 2 juin 1830 (D. A. *v° cit.*, n° 128). Il faut, d'ailleurs, pour cela que l'intervenant ait non-seulement fait déclarer son intervention recevable, mais encore conclu sur le fond (Civ. cass. 7 juin 1841; D. A. *v° cit.*, n° 124).

[4] Voy., sur ces voies de recours, les tomes V et VI.

[5] Voy., en ce sens, Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 114 et suiv., 134, 168 et suiv.

[6] Et encore ne le pourraient-ils pas dans le cas de l'article 882 du Code civil (Voy. *suprà*, § **935**, note 2, et le tome VII).

[7] En vertu de l'article 1166 du Code civil (Voy. t. I, § **310**), et sauf les exceptions indiquées au § précédent.

Cette différence essentielle entre les personnes qui interviennent en vertu d'un droit propre, et celles qui n'exercent que le droit d'autrui, se reproduit nécessairement dans la procédure de l'intervention, et j'en tire quatre conséquences. 1° L'intervention agressive est toujours une demande proprement dite; l'intervention conservatoire est une demande ou une défense, suivant qu'elle est formée par les créanciers du demandeur ou par ceux du défendeur, et, dans ce dernier cas, l'intervenant n'est pas tenu de fournir la caution *judicatum solvi,* que l'article 166 exige seulement des « demandeurs principaux ou « intervenants »[8]. 2° Les tiers intervenants ont le droit de prendre d'autres conclusions que les parties principales, au lieu que les créanciers intervenants peuvent soutenir et, s'il se peut, fortifier les conclusions de leur débiteur, mais n'ont pas le droit d'y ajouter[9]. 3° Les créanciers intervenants doivent, par argument de l'article 882 du Code civil[10], supporter, quoi qu'il arrive, les dépens de leur intervention, qui ne doit pas plus augmenter les frais du procès qu'elle n'en doit retarder la solution[11]; au contraire, le tiers intervenant, agissant de son chef et non représenté dans l'instance, doit, comme toute autre partie, obtenir les dépens quand il a gain de cause[12]. 4° Le désistement du demandeur principal fait tomber l'intervention, désormais sans objet, de ses créanciers et de ceux du défendeur[13], au lieu que le tiers intervenant conserve le droit de faire juger à son profit l'instance que le demandeur renonce à poursuivre[14].

§ **938**. IV. Si l'intervention volontaire n'est pas toujours

[8] Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 134. Bonnier, *op. cit.*, n° 718. Voy., sur les personnes tenues de fournir la caution *judicatum solvi*, t. II, § **765**.

[9] Req. 23 juin 1851 (D. P. 51. 1. 155).

[10] Voy. *suprà*, § **935**, note 2; et, sur les frais prévus par cet article, Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, t. III, n°s 4231 et suiv.

[11] Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1270 *bis*. Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 168 et suiv. *Contrà*, Bordeaux, 14 avr. 1828 (D. A. *v° cit.*, n° 46). Faut-il étendre cela aux autres ayants-cause, notamment au garant qui intervient spontanément pour prendre le fait et cause du garanti? Voy. Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 171 et suiv.; Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 477; sur la situation du garant, *infrà*, §§ **948** et suiv.; et, sur son intervention volontaire, *suprà*, § **932**, note 13.

[12] Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 168 et suiv.

[13] Metz, 13 juill. 1865 (D. P. 65. 2. 126).

[14] Req. 30 août 1825 (D. A. *v° cit.*, n° 53). *Quid* en cas d'acquiescement du défendeur? Voy. *suprà*, § **931**, note 11.

une demande, l'intervention forcée n'en est jamais une. C'est l'adversaire de l'intervenant qui est demandeur, car il l'assigne à comparaître dans la forme ordinaire des ajournements, et sa demande qui n'est pas introductive d'instance, puisqu'elle se rattache à une autre déjà formée et se porte devant le tribunal déjà saisi, est cependant principale à l'égard du futur intervenant qui n'est pas encore en cause[1]. Aussi cette demande est-elle dispensée du préliminaire de conciliation, comme demande non-introductive d'instance[2], mais emporte-t-elle, comme demande principale, l'obligation de fournir, le cas échéant, la caution *judicatum solvi*[3]. Cette demande s'appelle tantôt mise ou appel en cause, tantôt assignation en déclaration de jugement commun : mise ou appel en cause, lorsqu'on prend des conclusions contre le défendeur en vue de le faire condamner personnellement ; assignation en déclaration de jugement commun, quand on ne le cite que pour voir dire qu'il y a chose jugée à la fois contre lui et contre le défendeur principal[4]. Dans tous les cas, c'est une demande volontaire, en ce sens qu'on n'est jamais tenu de mettre un tiers en cause, et que le tribunal n'a pas le droit de prendre d'office une telle mesure : c'est à chaque partie de voir, à ses risques et périls, si elle préfère se défendre seule ou appeler un tiers à son secours, si elle veut se contenter d'un jugement qui ne sera opposable qu'à son adversaire actuel, ou si elle ne fera pas mieux de le rendre commun avec d'autres personnes qui pourraient le contester plus tard[5]. On ne peut donc se refuser à plaider avec elle, sous prétexte qu'elle n'aurait pas mis en cause telle autre

§ **938**. [1] Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 137.

[2] Voy. t. II, § **618**. Aj., sur la forme de l'exploit d'ajournement dans l'espèce, req. 16 déc. 1891 (D. P. 93. 1. 284 ; S. 92. 1. 127).

[3] Par contre, l'intervenant forcé, n'étant pas défendeur, n'a pas à la fournir (Voy. sur ces deux points, t. II, § **765**).

[4] Voy., sur cette distinction, Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 136; Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 476; van Boneval-Faure, *L'intervention passive ou forcée, et l'assignation en déclaration de jugement commun* (dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, nouv. sér., t. XVII, 1888, p. 462 et suiv.). Dans tous les cas, l'intervention forcée ne peut s'adresser qu'à une personne en situation d'attaquer ou de prétendre non avenu quant à elle le jugement qui serait rendu en son absence (Pau, 24 janv. 1887, D. P. 88. 2. 278), et on ne peut jamais mettre un tiers en cause pour le faire interroger sur faits et articles (Voy. t. II, § **787**).

[5] Voy., pour plus de détails : 1° sur le but de l'assignation en déclaration de jugement commun, *infrà*, § **958** ; 2° sur le moment du procès jusqu'auquel il est permis de former cette demande, Nancy, 22 mai 1894 (D. P. 95. 2. 187) et, spécialement, d'appeler un garant en cause, *infrà*, § **943**.

personne qu'on désirerait y voir[6]; quant au tribunal, il sortirait de la réserve que lui imposent les principes généraux de la procédure française[7], en appelant lui-même au procès un tiers que les parties n'ont pas voulu lier à leur instance[8]. Dans certains cas, la mise en cause prend le nom d'appel en garantie, donne lieu à une procédure spéciale, et fournit l'occasion d'opposer une exception dilatoire qui fera l'objet des §§ suivants[9].

§ **939**. A. La garantie[1], dont j'ai donné une idée très sommaire au § **173**, est un droit ou une obligation, suivant qu'on se place au point de vue du garanti à qui elle est due ou du garant qui la doit. Le garanti rencontre un obstacle dans l'exercice de ses droits ou des droits qu'il croit avoir; il est en butte aux poursuites ou se heurte à la résistance d'un tiers; il demande à son garant de mettre fin à ces poursuites ou à cette résistance, et de l'indemniser, s'il y a lieu, du préjudice qu'elles peuvent lui causer : le premier exerce le droit à la garantie, le second est tenu de l'obligation corrélative à ce droit[2]. De là l'action ou recours en garantie, et la demande

[6] La cour d'Alger a jugé, le 25 janvier 1875, qu'un individu, assigné par le possesseur d'une vigne en réparation des dégâts qu'il y a commis, ne peut refuser de plaider contre ce possesseur, sous prétexte qu'il ne serait pas le véritable intéressé, et exiger de lui qu'il mette le propriétaire en cause (D. P. 76. 2. 59).

[7] Voy., sur ce point, t. II, § **556**.

[8] Civ. cass. 11 févr. 1840 (D. A. v° *Exceptions*, n° 407). Voy. cep., pour l'assignation en déclaration de jugement commun, req. 2 août 1876 (D. P. 77. 1. 224). La commission de 1866 voulait que les tribunaux pûssent ordonner d'office cette espèce d'assignation (Greffier, *op. cit.*, p. 58); cette innovation peut présenter des avantages, mais on ne contestera pas qu'elle soit contraire aux principes, qui ont toujours prévalu en France, sur le rôle du juge dans les procès qui lui sont soumis (Voy. t. II, § **556**).

[9] Le titre *Des incidents*, dont le § II est consacré à l'intervention, ne s'occupe pas de l'intervention forcée. Le Code de procédure n'a même traité nulle part de l'assignation en déclaration de jugement commun (Voy. *infrà*, § **958**), et n'a réglementé la mise en cause que dans le cas où elle se présente sous forme d'appel en garantie : il a rattaché cette dernière hypothèse à l'exception dilatoire, qui n'y joue cependant qu'un rôle accessoire et secondaire (Voy. art. **175** et suiv.).

§ **939**. [1] En haut allemand *were*, *weren* (Voy. Grimm, *Deutsche Rechtsalterthümer* (Gœttingue, 1854), p. 555 et 602; Zœpfl, *Deutsche Rechtsgeschichte*, t. II, p. 146 et suiv.). L'ancien mot latin qui exprimait l'idée de garantie était *auctoritas* (Dig., L. 76, *De evict.*, XXI, II; Paul, *Sententiæ*, liv. II, tit. XVII, §§ 1 et 3; Labbé, *De la garantie* (Paris, 1865), n° 2; Girard, *Études historiques sur la formation du système de la garantie d'éviction en droit romain* (Paris, 1884), p. 3 et suiv.

[2] La langue usuelle prend le mot *garantie* dans un tout autre sens. On dira,

en garantie qui en est l'exercice[3]. Sans vouloir entrer dans tous les détails d'une théorie qui appartient entièrement au droit civil, et dont la procédure n'est que la mise en œuvre, je ne puis me dispenser de présenter un aperçu général des cas où il y a lieu d'appeler en garantie, des personnes qui ont le droit d'adresser cet appel, de celles qui sont tenues d'y répondre, et des circonstances de fait dans lesquelles il se produit.

§ **940**. 1° Il y a quatre cas où la garantie est due.

1) Quiconque a transmis à titre onéreux un droit réel ou de créance doit assurer à l'acquéreur l'avantage espéré et payé par lui, et, par conséquent, le garantir contre tous les troubles qui procèdent d'un défaut de droit dans sa propre personne[1]. Le vendeur doit donc garantie à son ache-

par exemple, que la caution garantit le paiement du créancier, c'est-à-dire qu'elle l'assure en donnant au créancier un débiteur de plus, et en le mettant, autant qu'il dépend d'elle, à l'abri de l'insolvabilité du débiteur principal. Cette façon mondaine de s'exprimer n'a rien de commun avec la vérité juridique, car on va voir au même § qu'en droit c'est le débiteur principal qui est le garant de sa caution (Voy., sur ce point, Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 393). Le législateur commet une incorrection analogue en disant que la garantie a deux objets en matière de vente : « Le premier est la possession « paisible de la chose vendue ; le second, les défauts cachés de cette chose ou « les vices rédhibitoires » (C. civ., art. 1625). Ce second objet de la garantie consiste dans l'absence de vices rédhibitoires : garantir la libre possession, c'est assurer à l'acheteur qu'il l'aura ; garantir les vices rédhibitoires, c'est lui assurer qu'il n'en existe pas (Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. VII, n° 58 *bis;* voy., sur la garantie des vices rédhibitoires, le § suivant, note 26). On appelait autrefois garantie administrative la règle en vertu de laquelle les agents du Gouvernement, autres que les ministres, ne pouvaient être poursuivis pour faits relatifs à leurs fonctions qu'en vertu de l'autorisation du conseil d'État (Const. **22** frim. an VIII, art. 75, abrogé par le décret du 16 septembre 1870, art. 1 ; voy. t. I, §§ **16** et suiv., et **149**). Dans les ouvrages d'or et d'argent, on appelle garantie les mesures au moyen desquelles on constate le titre de ces ouvrages ; bureau de garantie, l'autorité chargée de procéder à cette constatation ; droits de garantie, la rétribution à payer pour ce service (L. 19 brum. an VI, art. 7 et suiv. ; A. 1er mess. an VI, art. 1 et 2 ; L. 4 août 1844, art. 13). Il va sans dire que ces matières n'ont rien à voir avec les explications qui vont suivre.

[3] Voy., sur la distinction de l'action et de la demande, t. I, § **371** ; t. II, § **650**.

§ **940**. [1] Il ne s'agit donc que des troubles de droit, et non point des troubles de fait (Voy., sur cette distinction, t. I, § **351**) ; mais je comprends sous l'expression *trouble de droit* l'éviction qui est, pour ainsi dire, ce trouble à sa dernière puissance, puisque le garanti n'est pas seulement inquiété, mais définitivement privé de l'objet par lui acquis (Voy., sur l'éviction, Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 373 et suiv. ; Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. VII, n° 61 *bis*-I ; Labbé, *op. cit.*, n° 12). On dit communément que les personnes qui aliènent à titre onéreux ne doivent garantir l'acquéreur que des évictions qui ont une cause antérieure à la vente (Voy. notamment Dig., L. 11, pr., *De evict.*, XXI, II ; Cod. Just., L. 1, *De per. et comm. rei vend.*, IV, XLVIII ; Pothier, *De la vente*, n°s 91 et suiv. ; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 115 ; Labbé, *op. et loc.*

teur[2], l'échangiste à son coéchangiste[3], le créancier qui cède une créance à son cessionnaire[4], le bailleur à son locataire ou

cit.), et l'article 884 du Code civil justifie, jusqu'à un certain point, cette formule. Toutefois, elle n'est vraie qu'en ce sens qu'on n'est pas garant des évictions survenues par cas fortuit depuis qu'on a aliéné : destructions, détériorations, voies de fait, expropriations pour cause d'utilité publique, dépossessions « par fait du prince » (C. civ., art. 1725), et cette règle peut s'expliquer aussi bien, sinon mieux, par la règle qu'à partir de l'aliénation les risques, c'est-à-dire les conséquences du cas fortuit, sont à la charge de l'acquéreur (C. civ., art. 1138). Si, au contraire, on voulait dire que l'aliénateur ne répond jamais que des causes d'éviction qui procèdent *ex causa antiquâ*, on serait dans l'erreur; car il est certain que, si, ayant vendu successivement à deux personnes, on a livré d'abord au premier acheteur puis au second, on est tenu à garantie envers le premier acheteur évincé par le second : la cause de cette éviction réside pourtant dans la seconde vente, qui n'était pas encore faite au moment où la première a été consentie (Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, n° 607, note 2). L'obligation de garantie consiste, dans tous les cas que je vais énumérer : 1° à défendre le garanti contre les poursuites auxquelles il est en butte, ou à l'aider dans celles qu'il exerce lui-même pour faire valoir ses droits (c'est ce que les anciens auteurs appelaient *factum defendendi*; Dumoulin, *Extricatio labyrinthi dividui et individui*, part. II, n°s 460 et suiv., t. III, p. 182 et suiv.; Pothier, *op. cit.*, n° 103); 2° à indemniser le garanti lorsqu'il a succombé dans ses prétentions (Pothier, *op. et loc. cit.*). D'après quelques auteurs, cette distinction jouerait un grand rôle dans la controverse relative à la divisibilité de l'obligation de garantie (Voy., sur cette controverse, le § suivant, note 4).

[2] Le vendeur est tenu de garantir l'acheteur : 1° des troubles et évictions qu'il souffre dans tout ou partie de la chose vendue, à raison des prétentions d'un tiers qui se dit propriétaire de cette chose; 2° des poursuites d'un créancier qui a hypothèque sur l'immeuble vendu; 3° du préjudice qu'il éprouve, s'il est privé de l'exercice des servitudes actives qui existaient au profit de cet immeuble, et qui ont été vendues avec lui; 4° de l'exercice des servitudes passives qui existent sur cet immeuble, lorsqu'elles sont non apparentes, que le vendeur n'en a pas déclaré l'existence, et que l'acheteur n'en a pas eu personnellement connaissance au moment de la vente. Le vendeur doit, en cas d'éviction totale, la restitution du prix de vente, la valeur des fruits que l'acheteur a dû rendre au véritable propriétaire, des dommages-intérêts, les frais et loyaux coûts du contrat, et les frais de justice auxquels l'acheteur a dû être condamné. Dans tous les autres cas, le vendeur est tenu d'indemniser l'acheteur du dommage par lui éprouvé, à moins que les droits dont il est privé ou les charges dont il se trouve grevé ne soient de telle importance que, s'il eût pu prévoir ce qui est arrivé, il n'eût pas acheté : le vendeur doit subir alors la résiliation du contrat si l'acheteur la demande (C. civ., art. 1626, 1630 et suiv., et 2178). « Celui qui vend une hérédité, « sans en spécifier en détail les objets, n'est tenu de garantir que sa qualité « d'héritier » (C. civ., art. 1696).

[3] « Le copermutant qui est évincé de la chose qu'il a reçue en échange a le « choix de conclure à des dommages et intérêts, ou de répéter sa chose » (C. civ., art. 1705). Le cas d'éviction partielle, de privation des servitudes actives, ou de découverte de servitudes passives, doit être réglé dans ce contrat comme dans la vente (Arg. C. civ., art. 1707; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 463).

[4] Celui qui cède une créance n'en garantit, en principe, que l'existence au moment de la cession; il ne répond de la solvabilité du débiteur que s'il s'y est engagé, et seulement jusqu'à concurrence du prix que la créance lui a été payée. Cette clause ne s'entend même que de la solvabilité actuelle du débiteur, et il faudrait, pour que le cédant répondît de sa solvabilité future, qu'il l'eût expressément promis en souscrivant ce qu'on appelait autrefois la clause de fournir et faire valoir (C. civ., art. 1693 à 1695; Pothier, *op. cit.*, n° 563).

à son fermier[5]; l'associé qui met en commun un ou plusieurs objets individuellement déterminés doit garantie à ses associés[6]; il en est de même du plaideur qui transige moyennant l'abandon d'un objet litigieux[7]; le débiteur qui paie ou donne en paiement un ou plusieurs objets individuellement déterminés doit aussi garantie à son créancier[8], et le déléguant la doit au délégataire[9].

[5] « Si le locataire ou le fermier ont été troublés dans leur jouissance par suite « d'une action concernant la propriété du fonds, ils ont droit à une diminution « proportionnée sur le prix du bail à loyer ou à ferme » (C. civ., art. 1726).

[6] « Chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis d'y « apporter. Lorsque cet apport consiste en un corps certain et que la société « en est évincée, l'associé en est garant envers la société » (C. civ., art. 1845). Cette garantie est soumise aux règles de la vente ou à celles du louage, suivant que l'associé, ayant promis d'apporter la propriété ou seulement la jouissance de sa chose, est à considérer comme un vendeur ou comme un bailleur (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 555).

[7] Pothier, *op. cit.*, n° 647. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 669. Troplong, *De la transaction* (Paris, 1846), n°s 11 et 13. Accarias, *Étude sur la transaction*, n° 141. Il en est différemment si la transaction a été consentie moyennant l'abandon de l'objet litigieux. Que, dans ce cas, la transaction soit, absolument parlant, translative ou déclarative — c'est un point controversé — peu importe : il est certain qu'elle n'oblige pas à garantie, car celui qui renonce à sa prétention moyennant une somme d'argent n'a, évidemment, d'autre intention que de transférer à l'autre partie ses droits tels quels sur l'objet litigieux, droits douteux et dont il n'affirme aucunement l'existence et la solidité. Telle était la doctrine romaine (Cod. Just., Loi *Si pro fundo*, 33, *De trans.*, II, IV ; Labbé, *op. cit.*, n° 62), et c'est par erreur que l'article 6 du projet du titre *Des transactions*, qui la consacrait, a disparu de la rédaction définitive du Code civil (Locré, *op. cit.*, t. XV, p. 405 et 409). Voy., en ce sens, Pothier, *op. et loc. cit.*; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 668 ; Troplong, *op. cit.*, n° 12 ; Pont, *Des petits contrats*, t. II, n° 640 ; Accarias, *op. cit.*, n°s 141 et suiv.

[8] Le créancier auquel une chose considérée *in genere* a été promise, et qui est troublé dans la possession de celle qui lui a été remise en paiement, peut aussi bien agir en garantie contre son débiteur que faire déclarer la nullité du paiement pour en exiger un nouveau (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 152). Il en est de même du créancier qui a consenti à recevoir en paiement une autre chose que celle qui lui était due (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 221), et c'est, à mon avis, le seul droit qu'il ait, car je n'admets pas que son éviction fasse revivre à son profit l'ancienne obligation avec ses accessoires : l'article 2038 du Code civil déclare qu'en pareil cas la caution reste libérée, et cette décision doit être, par identité de motifs, étendue à l'hypothèque (Toullier, *op. cit.*, t. VII, n° 246; Duranton, *op. cit.*, t. XII, n° 292 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. III, p. 487, t. IV, p. 221 ; Larombière, *op. cit.*, t. V, sur l'art. 1278, n° 6 ; *contrà*, Troplong, *Des privilèges et hypothèques*, t. IV, n°s 847 et suiv.; Pont, *Des privilèges et hypothèques*, t. II, n° 1230). On sait que cette question est controversée parmi les interprètes du droit romain, et qu'il ne s'est pas produit moins de quatre opinions : 1° le créancier conserve l'action de sa créance primitive ; 2° la *datio in solutum* est une vente dont le prix se compense avec le montant de la créance, et le créancier ne peut intenter qu'une action *utilis ex empto ;* 3° il a le choix entre les deux actions ; 4° il peut les intenter l'une et l'autre, et les cumuler jusqu'à concurrence de la plus forte condamnation qu'elles puissent entraîner (Voy., en ce dernier sens, Labbé, *op. cit.*, n° 79; et, sur cette question, Dig., LL. 24, pr., *De pign. act.*, XIII, VII ; 46, pr., et 98, pr., *De solut.*, XLVI, III).

[9] C. civ., art. 1238, 1243, 1276, 1626 à 1640, 1693 à 1696, 1705, 1725 et suiv.,

2) Cet effet naturel des actes à titre onéreux ne se produit qu'exceptionnellement dans les actes à titre gratuit, car c'est déjà beaucoup pour celui qui donne ou qui lègue de n'exiger aucun équivalent de l'avantage qu'il procure, et on ne doit pas supposer qu'il ait voulu se grever ni grever ses héritiers d'aucune obligation, si, par hasard, il n'a transmis que des droits contestables ou même imaginaires[10]. Le donateur ne doit donc garantie[11] que s'il s'y est expressément enga-

1845 et 2178. Je ne veux pas dire que la délégation consiste à transporter au délégataire la créance du déléguant contre le délégué, car il y a deux différences incontestables entre la cession de créance et la délégation. 1° La cession de créance transporte (de plein droit au cessionnaire les garanties de la créance cédée; la délégation (quand elle est parfaite) est une novation par changement de créancier, qui ne fait passer les garanties de l'ancienne créance à la nouvelle que si elles ont été expressément réservées (C. civ., art. 1278 et 1692). 2° Le cédant n'est garant de la solvabilité actuelle du débiteur cédé que s'il s'y est expressément engagé (Voy. *suprà*, note 4), au lieu qu'aux termes de l'article 1276 du Code civil, le délégataire a recours contre le déléguant quand le délégué était déjà en faillite ou en déconfiture, c'est-à-dire en état d'insolvabilité, au moment où la délégation s'est accomplie. Tout cela n'empêche pas la délégation parfaite d'être un acte à titre onéreux, où le déléguant acquiert, en échange de sa créance contre le délégué, la libération de la dette qu'il avait contractée envers le délégataire : c'est assez pour qu'il doive garantie à ce dernier. Il la lui doit, s'il lui a délégué une créance inexistante ou affectée de quelque cause de nullité (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 216); il la lui doit encore, s'il lui a délégué un débiteur déjà insolvable lors de la délégation, et c'est ainsi qu'il faut entendre la disposition de l'article 1276 précité, car je ne crois pas qu'il donne au délégataire d'autre action qu'un recours en garantie, et qu'il fasse revivre à son profit l'ancienne action avec les garanties qui l'accompagnaient (Duranton, *op. cit.*, t. XII, n°s 327 et 328; Demolombe, *op. cit.*, t. XXVIII, n° 323; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 222; Marcadé, *op. cit.*, t. IV, n° 775; Larombière, *op. cit.*, t. V, sur l'art. 1276, n° 2; *contrà*, Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, n° 226 *bis*-II). Je me suis attaché, dans ce rapide exposé, au droit commun en matière de garantie, et j'ai négligé les clauses de non-garantie (C. civ., art. 884, 1627 et suiv.; voy. cep., à ce sujet, l'observation présentée *infrà*, note 12).

[10] Voy., sur le principe que la garantie n'a pas lieu dans les actes à titre gratuit, Labbé, *op. cit.*, n° 5.

[11] Pothier, *Des donations entre-vifs*, n°s 132 et suiv. Duranton, *op. cit.*, t. VIII, n° 525. Demolombe, *op. cit.*, t. XX, n°s 544 et 545. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VII, p. 399). Il n'a même pas de recours à exercer pour les impenses qu'il a faites par suite ou à l'occasion de la donation qu'il a reçue (Pothier, *op. et loc. cit.*; Duranton, *op. et loc. cit.*; Demolombe, *op. et loc. cit.*; Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*); et cette règle s'applique même aux donations avec charges et aux donations rémunératoires, où le donataire évincé n'a pas d'action en garantie, mais seulement une *condictio sine causâ* pour exiger le prix de ses services ou répéter le montant des charges par lui acquittées. Encore faut-il pour cela qu'il soit en perte, et n'a-t-il pas cette action s'il n'a subi qu'une éviction partielle et ne se trouve pas appauvri (Duranton, *op. cit.*, t. VIII, n° 531; Demolombe, *op. cit.*, t. XX, n°s 548 et 549; Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*; *contrà*, Pothier, *De la vente*, n° 613; Troplong, *De la vente*, t. I, n° 811). Ce n'est pas non plus une action en garantie que celle qui compète au donataire contre le donateur de mauvaise foi, à raison du préjudice que la donation a pu lui causer dans son propre patrimoine : le donataire ne peut l'intenter que s'il est réellement en

gé[12], ou s'il a donné en faveur du mariage[13]. Qu'on ne dise pas, dans ce dernier cas, que l'acte cesse d'être une donation pour devenir une aliénation à titre onéreux, car l'obligation de garantie s'y explique aisément par le but même des donations en faveur de mariage[14], et par cette considération que les époux, qui ont compté sur les biens ainsi donnés pour subvenir aux charges du mariage, seraient trompés dans une espérance très légitime s'ils s'en voyaient privés sans recours ni indemnité possibles[15]. Les héritiers du testateur ne sont garants envers le légataire[16] que s'il est troublé par leur faute — par exemple, ils ont trop tardé à lui remettre les titres qui justifient de la propriété de la chose léguée[17] — ou si, légataire d'une chose *in genere* ou de deux choses sous une alternative, il est inquiété dans la possession de celle que les héritiers lui ont délivrée[18].

perte, et il pourrait arriver qu'il n'y fût pas, quoiqu'il eût subi une éviction partielle (Duranton, *op. cit.*, t. VIII, n° 529; Demolombe, *op. cit.*, t. XX, n° 52; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VII, p. 401). *Quid*, si l'éviction du donataire provenait d'un fait du donateur postérieur à la donation? Voy., sur ce point, Demolombe, *op. cit.*, t. XX, n° 551; Aubry et Rau, *op. et loc. cit.* Le donataire poursuivi par un créancier hypothécaire peut-il mettre le donateur en cause, pour le contraindre à libérer son immeuble en désintéressant le créancier? Voy., sur ce point, Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*; Rouen, 3 juill. 1828 (D. A. v° *Dispositions entre-vifs et testamentaires*, n° 2244).

[12] Si la garantie n'est ni de l'essence ni de la nature des actes à titre gratuit, elle n'est pas non plus incompatible avec eux, et peut venir s'y ajouter en vertu d'une clause expresse (Toullier, *op. cit.*, t. V, p. 207; Duranton, *op. cit.*, t. VIII, n° 526; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 139, t. VII, p. 402).

[13] « La garantie de la dot est due par toute personne qui l'a constituée » (C. civ., art. 1440) ». Ceux qui constituent une dot sont tenus à la garantie des « objets constitués » (C. civ., art. 1547). Le mot *dot* n'est pas pris ici dans le sens spécial de bien que la femme apporte au mari « pour supporter les charges du « mariage » (C. civ., art. 1540), mais dans le sens plus large de bien donné à l'un quelconque des futurs époux en vue de son établissement par mariage. Les motifs qui vont être donnés pour expliquer la garantie de la dot ont la même force, que la dot soit constituée au profit du mari ou au profit de la femme (Toullier, *op. cit.*, t. XII, n° 342; Duranton, *op. cit.*, t. VIII, n° 528, t. XIV, n° 296; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. V, p. 222; Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, n° 82 *bis*-III; Rodière et Pont, *Du contrat de mariage*, t. I, n°s 87 et 112).

[14] Ce n'est pas la seule règle exceptionnellement favorable des donations en faveur de mariage; aj. C. civ., art. 957, 959, 1082 et suiv., et 1093.

[15] « *Maritus indotatam uxorem ducturus non fuerit* » (Dig., L. 25, § 1, *Quæ in fraud. cred.*, XLII, VIII). Voy., sur la question de savoir si la constitution de dot doit être considérée en général, et particulièrement au point de vue de l'action paulienne, comme un acte à titre onéreux ou à titre gratuit, soit en droit romain soit en droit français, ma Thèse de doctorat, n°s 51 et 115.

[16] En principe, et par le même motif que dans les donations, la garantie n'existe pas dans les legs (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VII, p. 490).

[17] Duranton, *op. cit.*, t. IX, n° 254. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VII, p. 491.

[18] Merlin, *op. cit.*, v° *Légataire*, § VI, n° XXV. Duranton, *op. et loc. cit.* Demolombe, *op. cit.*, t. XXI, n°s 698 et 699. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VII, p. 490 et 491.

3) Le partage est aujourd'hui déclaratif de propriété, et ce n'est pas de ses cohéritiers, mais directement du défunt que chaque héritier est censé tenir l'objet compris dans son lot ou à lui échu sur licitation[19]; néanmoins, ils se doivent réciproquement garantie, car l'égalité, qui est la loi du partage, serait violée si l'un d'eux était menacé de perdre ou même perdait effectivement tout ou partie de son lot héréditaire, sans que les autres fûssent tenus de le défendre ou de l'indemniser[20].

4) Lorsque deux ou plusieurs personnes sont tenues ensemble d'une même dette, et que l'une d'elles est poursuivie au-delà de la part pour laquelle elle doit y contribuer, elle a pour garants ses codébiteurs[21] : tels sont les codébiteurs d'une obligation solidaire[22] ou indivisi-

[19] C. civ., art. 883. Ce n'est pas une règle absolue : la garantie du partage en est la preuve, car elle n'existerait point s'il était vrai qu'à aucun point de vue les cohéritiers ne sont les ayants-cause les uns des autres. Il en est de même du privilège des copartageants (C. civ., art. 2103-3°), car il est fondé sur cette idée que le copartageant qui a mis une valeur dans le lot d'un autre doit recouvrer par préférence, en cas d'insolvabilité de ce dernier, la soulte qui lui est due ou l'indemnité à laquelle il a droit en cas d'éviction, de même que le vendeur doit être préféré pour le prix de vente aux autres créanciers de l'acheteur. Rien de plus équitable, car, sans cela, un cohéritier risquerait de perdre son lot, alors qu'un autre garderait le sien intact et s'enrichirait, lui ou ses créanciers, aux dépens du premier; mais ce privilège est inconciliable avec une application absolue de l'idée que le partage est déclaratif de propriété (Voy. Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. IX, n° 55 *bis*-I). Aussi admet-on généralement que cette règle n'a qu'une portée restreinte, et sert uniquement à empêcher les droits réels, dont un copartageant a grevé avant le partage un des objets compris dans l'indivision, de suivre cet objet entre les mains d'un autre copartageant auquel il est échu par le partage ou qui en est devenu adjudicataire par licitation. Ainsi compris, l'article 883 ne régit que les rapports de chacun des copartageants avec les ayants-cause de l'autre (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VI, p. 565). Il s'applique, d'ailleurs, à toute espèce de partage, aussi bien à celui des sociétés et de la communauté entre époux qu'à celui des successions (C. civ., art. 1476 et 1872; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 572, t. V, p. 431).

[20] C. civ., art. 884 et suiv., 1476 et 1872. Ainsi se justifie, en cette matière, la garantie qui s'expliquait plus juridiquement, en droit romain, par la nature du partage alors translatif de propriété (Dig., L. 66, § 3, *De evict.*, XXI, II; Cod. Just., L. 14, *Fam. erc.*, II, XXXVI; Labbé, *op. cit.*, n° 52). Cette garantie s'applique non-seulement aux troubles et évictions qui résultent d'actions en revendication ou d'actions hypothécaires dirigées contre un des copartageants, mais encore à l'insolvabilité des débiteurs des créances mises dans le lot de tel ou tel copartageant (C. civ., art. 884 et 886). Elle a lieu dans tous les partages, qu'il s'agisse de succession, de société ou de communauté (C. civ., art. 1476 et 1872; Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*).

[21] Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 116.

[22] L'obligation solidaire se répartit de plein droit entre les débiteurs qui n'en sont tenus chacun que pour sa part et portion; celui d'entre eux qui en a payé tout le montant peut répéter contre chacun de ses codébiteurs la part pour la-

ble[23], et les cohéritiers dont l'un est poursuivi au-delà de sa part dans la dette commune[24]; tel est aussi le débiteur principal, dans ses rapports avec sa caution poursuivie en paiement d'une dette qu'elle a contractée pour lui, et qui ne doit pas rester à sa charge[25]; tels sont, enfin, les cofidéjusseurs qui ont garanti ensemble une même dette[26].

quelle il doit y contribuer, à moins que la dette n'ait été contractée exclusivement dans son intérêt ou dans le leur : si c'est dans le sien, il n'a rien à leur réclamer; si c'est dans le leur, il peut répéter contre eux la totalité de ce qu'il a payé. Si l'un d'eux est insolvable, la perte qu'occasionne son insolvabilité se répartit par contribution entre eux tous (C. civ., art. 1213, 1214 et 1216).

[23] Chacun des débiteurs d'une obligation indivisible a ses codébiteurs pour garants, et n'est tenu de payer toute la dette que sauf recours contre eux (C. civ., art. 1221 et 1225; voy., sur la différence qui existe, au point de vue de la garantie, entre l'indivisibilité *naturâ aut contractu* et l'indivisibilité *obligatione*, et, d'autre part, l'indivisibilité *solutione tantum*, le § suivant).

[24] Un cohéritier peut être exposé à payer au-delà de sa part dans la dette commune, quand cette dette est indivisible (Voy. le § précédent) ou garantie par une hypothèque assise sur un immeuble dont il est détenteur (C. civ., art. 873). S'il est héritier pur et simple, il ne peut recourir contre chacun de ses cohéritiers que pour la part que celui-ci doit personnellement supporter dans la dette commune; s'il est héritier bénéficiaire, il est pleinement subrogé aux droits du créancier par lui payé, et peut demander à l'un quelconque de ses cohéritiers tout ce qu'il a payé au-delà de sa propre part contributoire (C. civ., art. 875). En cas d'insolvabilité d'un des héritiers sujets au recours, sa part se répartit sur tous les autres au marc le franc (C. civ., art. 876). Les mêmes règles sont applicables à tous les autres successeurs universels (C. civ., art. 873, 875 et 876).

[25] La caution qui a payé pour le débiteur principal peut recourir contre lui, alors même qu'elle l'a cautionné à son insu. Elle peut même le faire avant d'avoir payé : 1° lorsqu'elle est poursuivie pour le paiement (Voy. le § suivant); 2° lorsque le débiteur principal est tombé en faillite ou en déconfiture; 3° lorsque le temps dans lequel il devait lui rapporter sa décharge est expiré; 4° lorsque la dette est devenue exigible; 5° lorsqu'il s'est écoulé dix ans depuis qu'elle a été contractée (C. civ., art. 2028 et 2032).

[26] C. civ., art. 873, 875, 876, 1213 et suiv., 1221, 1225, 2028 et suiv., et 2033. Les cofidéjusseurs ne sont pas précisément solidaires les uns des autres, et, par exemple, la prescription interrompue contre l'un d'eux ne l'est pas à l'égard des autres (Delvincourt, *op. cit.*, t. III, p. 494; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 685; Pont, *Des petits contrats*, t. II, n° 192; *contrà*, Troplong, *Du cautionnement* (Paris, 1846), n° 291); mais chacun d'eux est obligé à toute la dette et tenu de la payer en entier, sauf recours contre chacun des autres pour sa part et portion, pourvu qu'il ait payé contraint et forcé, et non pas dans les cas où l'article 2032 précité du Code civil l'autorisait à s'en dispenser (C. civ., art. 2033). Je reviendrai sur ce point au § suivant. Le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué, et celui qui a hypothéqué son immeuble à la dette d'autrui, ont aussi un recours contre le débiteur personnel de cette dette et contre les autres tiers détenteurs d'immeubles hypothéqués à la même dette (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. III, p. 454). J'ai négligé à dessein, dans cette énumération, la garantie des vices rédhibitoires à laquelle j'ai fait allusion au § précédent, note 2, car c'est plutôt un cas de responsabilité qu'une garantie proprement dite : l'acheteur, qui découvre dans l'objet de son acquisition des vices qui le rendent impropre à l'usage auquel il le destinait, n'a pas de procès à soutenir et, partant, pas d'occasion d'appeler son vendeur en cause (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 115 et 386; Boitard,

§ **941**. 2° L'action en garantie appartient, sans conteste, au garanti et à ses successeurs universels qui héritent de tous ses droits[1], mais elle appartient également aux acquéreurs à titre particulier de l'objet à raison duquel il est dû garantie. Que Primus — ce n'est qu'un exemple — vende un immeuble à Secundus, que Secundus le revende, le donne ou le lègue à Tertius, et que Tertius soit troublé dans la possession de cet immeuble, il pourra appeler Primus en garantie, non point comme ayant-cause de Secundus et en subissant le concours des créanciers personnels de ce dernier, mais de son propre chef et par la raison qu'il a acquis, avec la propriété de cet immeuble, tous les droits et actions qui s'y sont incorporés et en sont devenus les accessoires[2]. Il y aura seulement cette différence entre Tertius acheteur, et le même Tertius donataire ou légataire, que l'un pourra toujours mettre en cause son propre vendeur et garant Secundus, sauf à celui-ci à appeler à son tour Primus en garantie, et que l'autre ne pourra mettre en cause Secundus ou ses héritiers que dans les cas exceptionnels où la donation et le legs emportent obligation de garantie pour le donateur et les héritiers du testateur[3]. Quant aux personnes qui peuvent être appelées en garantie, ce sont le garant lui-même et ses successeurs universels[4], mais non pas ses successeurs à titre

Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 377). J'en dirai autant de l'action dirigée contre les architectes et entrepreneurs en vertu de l'article 1792 du Code civil : l'article 2270 du même Code l'appelle demande en garantie, mais il ne s'agit là que de la responsabilité d'un fait matériel.

§ **941**. [1] C. civ., art. 1122. Voy. t. I, § **292**.

[2] Voy., sur l'action en garantie du sous-acheteur contre le premier vendeur, Pothier, *De la vente*, n° 97, Duranton, *op. cit.*, t. XVI, n°s 274 et suiv., Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 376, Troplong, *De la vente*, t. I, n° 437, Duvergier, *De la vente*, t. I, n° 343. Larombière, *op. cit.*, t. II, sur l'art. 1166, n° 28 ; sur celle du donataire et du légataire contre l'auteur du donateur ou du testateur, Duranton, *op. cit.*, t. VIII, n° 532, Demolombe, *op. cit.*, t. XX, n° 557, Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*, et t. VII, p. 402. Cette action n'était admise en droit romain et dans l'ancien droit que si le donateur l'avait expressément cédée au donataire, et les héritiers du testateur au légataire (Dig., L. 59, *De evict.*, XXI, II ; Pothier, *op. et loc. cit.*). Je reviendrai sur ces hypothèses à propos de la sous-garantie (Voy. le § suivant).

[3] Voy., sur la garantie dans les donations et dans les legs, *suprà*, même §.

[4] C. civ., art. 1122. Voy. t. I, § **292**. L'obligation de garantie qui existe à la charge de plusieurs vendeurs ou, plus pratiquement, des divers héritiers du vendeur, est-elle divisible ou indivisible? Cette question très controversée est susceptible de trois solutions : l'une, dans le sens de la divisibilité abso-

particulier, lesquels ne sont pas tenus des obligations de leur auteur. Lorsqu'à Rome Primus avait vendu à Secundus un immeuble qui ne lui appartenait pas, puis que, devenu propriétaire de cet immeuble, il l'avait revendu à Tertius, Tertius était censé succéder à l'obligation de garantie de Primus, et ne pouvait, par conséquent, troubler la possession de Secundus[5]; aujourd'hui, Tertius, pourvu qu'il eût le premier fait transcrire son titre au bureau du conservateur des hypothèques, serait propriétaire de cet immeuble, et rien ne l'empêcherait de le revendiquer contre Secundus[6]. La question de savoir à qui incombe l'obligation de garantie présente, en cas de saisie immobilière, un intérêt particulier sur lequel je m'expliquerai au tome IV de ce Traité.

§ **942**. 3° L'appel en garantie suppose nécessairement un procès entre le garant et le tiers qui le poursuit ou qui résiste à sa prétention. Le garanti peut jouer dans ce procès le rôle de demandeur ou celui de défendeur : il est demandeur, si, ayant acheté un immeuble, il le revendique contre un possesseur qui s'en prétend propriétaire; il est défendeur, s'il possède cet immeuble et que ce soit le prétendu propriétaire qui le revendique contre lui. De même, le cessionnaire d'une créance est demandeur, lorsqu'il poursuit le débiteur cédé qui conteste la validité de la créance cédée; il est défendeur, lorsque, poursuivi par le débiteur cédé dont il est lui-même débiteur, il lui oppose en compensation la créance cédée dont le débiteur en conteste la validité. De là vient que

lue; l'autre, dans le sens de l'indivisibilité absolue; la troisième, d'après laquelle la garantie est divisible par voie d'action et indivisible par voie d'exception (Voy., sur cette controverse célèbre, Dumoulin, *op. cit.*, part. II, nos **460** et suiv., t. III, p. 182 et suiv.; Pothier, *op. cit.*, nos **104** et suiv.; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 371 et 372; Marcadé, *op. cit.*, t. VI, sur les art. **1626** à **1629**, no 8; Troplong, *op. cit.*, t. I, nos 434 et 438; Duvergier, *op. cit.*, t. I, no **355**; Larombière, *op. cit.*, t. III, sur les art. 1222 et 1223, nos **14** et suiv.; Eyssautier, *Nature de l'obligation de garantie*, dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. XI, 1857, p. 318 et suiv., 498 et suiv.).

[5] Dig., LL. 72, *De reiv.* (VI, I); 4, § 32, *De dol. mal. et met. exc.* (XLIV, IV).

[6] Arg. C. civ., art. 941; L. 23 mars 1855, art. 3. La solution eût été la même avant cette loi, sauf que la préférence eût appartenu à celui des deux acheteurs dont le titre aurait acquis le premier date certaine (C. civ., art. 1328; voy., sur la date certaine, t. II, § **710**). En fait de meubles, la préférence serait pour celui des deux acheteurs ou donataires qui serait en possession réelle, son titre fût-il le plus récent, pourvu cependant que cet acquéreur fût de bonne foi (C. civ., art. 1141).

l'article 175 n'appelle le garanti ni demandeur ni défendeur, et le désigne par cette formule vague : *celui qui prétendra avoir droit d'appeler en garantie*[1]. C'est par la même raison que l'exception dilatoire de garantie, à la différence de celle de l'héritier et de la femme commune, peut être opposée tantôt par le demandeur tantôt par le défendeur[2]. C'est la demande en garantie incidente que forme ainsi le garanti, et rien ne l'oblige à la former, car il pourrait aussi bien se laisser poursuivre et condamner, et introduire ensuite une demande principale en garantie[3]; mais la voie de la garantie incidente lui offre trop d'avantages pour qu'il hésite à la suivre : 1° il aimera mieux augmenter ses chances de succès en appelant le garant à son secours, que se faire condamner et exercer ensuite un recours dont l'issue est incertaine; 2° il craindra surtout d'échouer dans ce recours, si le garant lui prouve qu'il avait le moyen d'obtenir gain de cause dans l'instance originaire, et qu'il n'a pas su s'en servir[4]. De son côté, le garant peut vouloir éviter au garanti une condamnation qui retomberait finalement sur lui-même, et j'ai dit au § **932**[5] que, s'il n'est pas mis en cause dans cette instance, il a le droit d'y intervenir spontanément.

§ **943**. Quiconque a droit à garantie peut mettre son garant en cause dans le procès pendant entre lui et le tiers qui conteste, soit en demandant, soit en défendant[1], l'existence ou l'exercice de ses droits[2]. Il faut seulement que l'intérêt légitime du

§ **942**. [1] Bonnier, *op. cit.*, n° 444. Req. 2 mars 1846 (D. P. 46. 1. 193). Toutefois, l'hypothèse où le garanti joue dans la demande originaire le rôle de défendeur est la plus fréquente, et c'est elle que l'article 175 a en vue quand il prescrit d'appeler le garant en cause « dans la huitaine du jour de la demande « originaire ».

[2] Voy. le § suivant.

[3] Voy., sur la garantie principale, t. I, § **473**.

[4] C. civ., art. 1640 et 2031. Ces dispositions particulières, l'une à l'acheteur l'autre à la caution, sont l'application d'un principe général qu'on trouve déjà dans Beaumanoir (*Op. cit.*, ch. XXXIV, n° 11; t. II, p. 6), et reposent sur un principe très équitable qui doit s'appliquer à tous les cas de garantie (Bonnier, *op. cit.*, n° 441).

[5] Note 13.

943. [1] Voy., sur cette distinction, le § précédent.

[2] Le garant, étranger jusqu'alors à l'instance, doit y être appelé par assignation dans les formes tracées t. II, §§ **651** et suivants; mais, si un ou plusieurs défendeurs forment contre un ou plusieurs autres un recours en garantie, de simples conclusions suffisent à l'égard de ces derniers qui sont déjà en cause

garanti se concilie avec celui du demandeur ou du défendeur originaire[3], et que la demande en garantie ne soit pas un prétexte pour retarder indéfiniment la solution de l'instance principale[4]. Aussi le garanti doit-il la former dans la huitaine à compter du jour de la demande principale formée contre lui, ou du jour où le défendeur originaire lui a opposé la défense qui donne lieu de recourir en garantie[5]; l'acheteur, qui plaide sur la propriété de l'immeuble par lui acheté, doit mettre son vendeur en cause dans la huitaine du jour où il est assigné s'il est défendeur, et, s'il est demandeur, dans la huitaine du jour où il a reçu signification des conclusions tendantes au rejet de sa demande[6]. Ce délai, qui n'est pas

Req. 13 déc. 1893; D. P. 94. 1. 357; S. 96. 1. 141). Je ne préjuge rien, en ce moment, sur les effets de la mise en cause du garant (Voy., sur ce point, *infrà*, §§ **949** et suiv.), mais je fais remarquer que le cofidéjusseur, poursuivi en paiement de la dette qu'il a promis de payer, a un autre droit, celui d'exiger que le créancier divise préalablement son action, et la réduise à la part de chaque caution. Il faut seulement pour cela que ce cofidéjusseur n'ait pas renoncé au bénéfice de division, que ses cofidéjusseurs soient actuellement solvables, et qu'il ne soit pas engagé solidairement avec eux (C. civ., art. 2026). Il y a deux différences entre le bénéfice de division et la mise en cause du garant : 1° le cofidéjusseur poursuivi n'a pas besoin d'appeler ses cofidéjusseurs dans l'instance pendante entre lui et ses créanciers; 2° il peut invoquer le bénéfice de division en tout état de cause, au lieu que le garant doit être mis en cause *in limine litis*, ainsi qu'on le verra au même § (Favard, *op. cit.*, v° *Cautionnement*, sect. I, § II, art. 1; Duranton, *op. cit.*, t. XVIII, n° 348; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 685; Pont, *op. cit.*, t. II, n° 198).

[3] Je rappelle que la demande en garantie incidente peut émaner aussi bien du demandeur originaire que du défendeur originaire, et que, par conséquent, l'adversaire du garanti dans la demande principale peut aussi bien être un défendeur qu'un demandeur (Voy. le § précédent).

[4] En tout cas, elle ne peut jamais l'empêcher de faire les actes conservatoires que comportent les circonstances (Bioche, *op. cit.*, v° *Garantie*, n° 10).

[5] « Il n'y aura pas d'autre délai pour appeler garant, en quelque matière que « ce soit, sous prétexte de minorité ou autre cause privilégiée » (Art. 178; voy., sur le principe que les délais de procédure ne sont pas suspendus en faveur des mineurs, t. II, § **512**: sur les causes privilégiées auxquelles l'article 178 fait allusion et qui n'existent plus aujourd'hui, t. II, § **542**; et, sur cet article, Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 768.

[6] L'article 175 ne fait pas cette distinction, parce qu'il statue seulement *de eo quod plerumque fit*, c'est-à-dire sur la demande en garantie formée par le défendeur originaire (Voy. le § précédent). Il pourrait même arriver, pour ce dernier, que l'occasion d'appeler en garantie ne se présentât à lui qu'au cours de l'instance, si, par exemple, la demande contre laquelle il a le droit d'être garanti par un tiers n'était formée contre lui qu'incidemment à une autre demande déjà pendante : dans ce cas, le délai pour appeler garant ne courrait qu'à dater du jour où cette demande a été formée (Bruxelles, 31 mai 1809; D. A. *v° cit.*, n° 415). Quel serait le délai pour appeler garant, si le garanti avait été assigné à bref délai? Je crois que ce dernier devrait former sa demande en garantie dans le même délai, car la pensée de l'article 175 paraît être de donner au ga-

franc suivant les principes exposés au § **519**[7], s'augmente d'autant de jours qu'il y a de fois cinq myriamètres entre le domicile du garanti et celui du garant[8], et le point de départ en est reculé, si le garanti est un héritier, jusqu'à l'expiration des délais qu'il a pour faire inventaire et délibérer[9]. S'il y a plusieurs garants, il n'existe pour eux tous qu'un seul délai calculé sur le domicile du garant le plus éloigné[10]. Si le garant a lui-même un sous-garant, s'il a, par exemple, acheté puis revendu, et qu'il se trouve ainsi garant de son acheteur et garanti par son vendeur, il doit assigner son propre ga-

ranti le même temps, ni plus ni moins, qu'il a lui-même pour comparaître. Cela ne veut pas dire que le garant sera tenu de comparaître dans le même délai que le garanti, car l'ordonnance qui a permis d'assigner celui-ci à bref délai n'a rien statué pour celui-là, et le garant qui voudrait assigner le garanti à bref délai devrait se pourvoir, à cet effet, devant le président du tribunal (Voy., sur les assignations à bref délai, t. II, § **672**).

[7] On a vu t. III, § **519**, que les seuls délais francs sont ceux dans lesquels on est tenu de répondre à un acte fait à personne ou à domicile (Voy., sur la non-franchise du délai pour appeler garant, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 15; Bonnier, *op. cit.*, n° 444).

[8] « Un jour par trois myriamètres » dit l'article 175, mais il est modifié sur ce point par la loi du 3 mai 1862 (Voy. t. II, § **524**). Il ne s'agit pas ici du délai dont le garanti a besoin pour comparaître, mais de celui dont le garanti a besoin pour appeler garant : la distance qui sépare le domicile du garant du siège du tribunal compétent n'a donc pas d'importance, et la seule dont il y ait à tenir compte est celle qui existe entre les deux domiciles du garant et du garanti (Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 341). Le garanti bénéficie-t-il des délais extraordinaires qui sont fixés par l'article 73 pour les personnes assignées à comparaître en France, alors qu'elles demeurent hors du territoire de la France continentale (T. II, §§ **525** et suiv.)? A-t-il, par conséquent, le droit d'appeler garant jusqu'à l'expiration de ces délais? *A priori*, on en peut douter, si l'on pense au retard extraordinaire qu'une pareille faculté va apporter à la solution du procès; il faut cependant reconnaître que telle est l'intention certaine du législateur. On lit au procès-verbal de la séance du conseil d'État, du 14 floréal an XIII : « M. « Regnaud de Saint-Jean d'Angély observe qu'une partie, pour différer le ju- « gement, pourrait faire assigner en garantie un individu domicilié à la Guade- « loupe; il demande, si, dans cette hypothèse, on est tenu d'attendre l'expiration « des délais. Le grand-juge, ministre de la justice, répond que, si cette partie « a le droit de faire appeler l'individu qu'elle a assigné, on ne pourra passer « outre; que, s'il est jugé qu'elle n'avait pas ce droit, son assignation n'arrê- « tera pas le cours de la procédure » (Dans Locré, *op. cit.*, t. XXI, p. 282). Le remède sera dans les précautions prises par le législateur pour empêcher le prétendu garanti de prétexter un recours qu'il n'aurait pas le droit d'exercer (Voy. sur ces précautions le § suivant; et, sur ces précautions, Boncenne, *op. cit.*, t. III, p. 381).

[9] Appeler garant, c'est accepter le débat sur la demande originaire, et le garanti, qui se trouve dans les délais pour faire inventaire et délibérer, n'est pas tenu de prendre parti sur les affaires de la succession avant l'expiration de ces délais (Voy. t. II, § **771**).

[10] On évite ainsi les frais et les inconvénients de jugements distincts rendus par défaut contre chacun des garants, à l'expiration des délais qui le concernent (Voy., sur cette complication, le tome VI).

rant dans le même délai, à compter du jour de la demande en garantie formée contre lui[11].

Ces délais expirés, le garanti ne peut plus que former à ses risques une demande principale en garantie[12]; mais c'est dans l'intérêt exclusif du demandeur ou du défendeur originaire que ces précautions sont prises, et à seule fin d'empêcher que le jugement de la demande principale subisse un retard qui lui serait préjudiciable. D'où cette double conséquence : 1° que le garant, mis en cause après l'expiration de ces délais, ne peut se prévaloir de cette circonstance, et demander son renvoi sous prétexte qu'il n'a pas été assigné en temps utile[13]; 2° qu'aucun délai n'est fixé dans le cas où la demande en garantie est formée entre parties principales, et que ce recours peut alors s'exercer jusqu'à la fin de l'instance. Supposez que le possesseur d'un immeuble l'ait donné à ferme, qu'un tiers s'en disant propriétaire assigne ensemble le possesseur et son fermier, l'un en revendication l'autre en paiement des dégâts par lui commis, et que le fermier prenne contre le bailleur des conclusions à fin de garantie pour se faire indemniser par lui de l'éviction qui le menace, ces conclusions pourront être déposées en tout état de cause[14].

Quant au garant, il doit, dès qu'il est assigné, se mettre en mesure de comparaître dans l'instance, fût-elle engagée devant un tribunal qui n'est pas celui de son domicile, ou qui ne serait pas compétent pour connaître d'une demande principale en garantie[15]. Le délai et le mode de comparution sont fixés pour lui suivant le droit commun : il a huit jours francs pour comparaître, et même moins s'il est assigné à bref

[11] Je rappelle que le garanti dont le garant a lui-même un garant peut quelquefois agir directement contre ce dernier (Voy. le § précédent).

[12] Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *cp. cit.*, n° 384. Voy., sur le danger que présente cette demande, le § précédent.

[13] Bruxelles, 10 juill. 1809; Limoges, 4 févr. 1824; Nîmes, 19 mai 1836 (D. A. *v° cit.*, n° 410). Rouen, 14 avr. 1853 (D. P. 53. 2. 140). Agen, 27 mai 1873 (D. P. 74. 5. 283). Req. 2 déc. 1890 (D. P. 91. 1. 478; S. 94. 1. 342).

[14] Art. 175 à 178. Civ. rej. 7 nov. 1849 (D. P. 49. 1. 284).

[15] J'ai suffisamment insisté sur ces deux points t. II, § 473, et j'y ai expliqué la disposition de l'article 181, qui fait exception à cette règle dans le cas où la demande en garantie n'a eu pour but que de distraire le garant de ses juges naturels.

délai[16]; par contre, il a droit à l'augmentation d'un jour par cinq myriamètres de distance entre son domicile et le siège du tribunal[17]; il comparaît en constituant avoué avant l'audience ou séance tenante, suivant les distinctions établies au § **672**; mais il n'est tenu de le faire, s'il est assigné comme héritier du garant, qu'après l'expiration des délais pour faire inventaire et délibérer[18].

§ **944**. La demande en garantie incidente aboutit naturellement au sursis de la demande principale, car le rôle du garant est de venir au secours du garanti, et il ne sera plus temps de l'amener sur le champ de bataille quand le combat aura cessé[1]. C'est précisément en cela que consiste l'exception dilatoire de garantie, car demander qu'il soit sursis au jugement de la demande principale, à raison d'un recours en garantie déjà formé ou qui va l'être, c'est, en réalité, demander un délai qui permette d'assigner le garant et de l'amener devant le tribunal[2]. Cette exception ou demande de

[16] Et que le président du tribunal ait rendu, à cet effet, une ordonnance spéciale (Voy. *suprà*, note 6).

[17] Voy., sur cette augmentation, t. II, § **524**, et même §. Le garant a même droit à l'augmentation extraordinaire accordée par l'article 73, car, si le garanti peut l'invoquer lorsqu'il s'agit pour lui d'appeler garant, à plus forte raison le garant y a-t-il droit quand il s'agit pour lui de comparaître (Voy., sur l'article 73, t. II, § **525**; et, sur l'application de cet article à la garantie, *suprà*, note 8).

[18] Ce que l'article 176 dit du garanti (Voy. *suprà*, note 9) est également vrai du garant (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 29; Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 767; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 342; Bonnier, *op. cit.*, n° 446).

§ **944**. [1] C'est cependant pour le juge une affaire d'appréciation, et, s'il estime qu'il n'y ait pas lieu de surseoir, il peut, dans l'intérêt de la prompte expédition des affaires, refuser le sursis demandé hors des termes de la loi, quand même il serait accepté par le demandeur ou défendeur originaire (Req. 22 avr. 1879, D. P. 80. 1. 40; comp., sur le droit qu'a le tribunal de refuser la remise et de rayer du rôle les affaires que les parties laissent traîner en longueur, t. II, § **681**). Par contre, je ne crois pas que le tribunal puisse refuser le sursis demandé, en se fondant sur le retard excessif qui en résulterait pour le jugement de la demande principale; du moment que le droit de mettre garant en cause existe même à l'égard d'un garant très éloigné et qui ne pourra de longtemps comparaître (Voy. le § précédent), le sursis s'impose par cela seul qu'il est demandé conformément à la loi (Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 344). D'ailleurs, le refus de surseoir à raison d'une demande en garantie formée tardivement n'empêche pas le tribunal de la juger avec la demande principale, si, par hasard, elle se trouve en état en même temps que cette dernière (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 31; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. II, n° 768 *bis*).

[2] Joccotton, *De l'exception de garantie* (Dans la *Revue de droit français et étranger*, t. VI, 1849, p. 895 et suiv.). Voy., sur les exceptions en général, et

sursis n'a lieu qu'*in limine litis*[2], c'est-à-dire avant les conclusions au fond, car elle n'intéresse en rien l'ordre public[3]; et, comme il ne faut pas que le garanti tienne la demande principale en échec sous le prétexte d'une demande en garantie qu'il n'aurait pas formée et qu'il n'aurait même pas le dessein de former, les articles **179** et **180** prennent, par mesure de précaution, les trois dispositions suivantes.

§ **945**. 1° Le sursis est inutile, quand le délai dans lequel le garant doit comparaître expire avec ou avant le délai même de la comparution du garanti. *Avec :* Primus reçoit à Paris, le 1er juillet 1898, une assignation à huitaine par-devant le tribunal de la Seine; il assigne le même jour en garantie Secundus également domicilié à Paris; ils doivent l'un et l'autre comparaître le 10 juillet[1]. *Avant :* Primus reçoit le 1er

particulièrement sur les exceptions dilatoires, t. I, § **386**; et, sur le caractère spécial de l'exception de garantie, à savoir qu'elle compète, suivant les cas, au demandeur ou au défendeur, le § précédent. Il ne faut pas confondre l'exception dilatoire de garantie avec ce qu'on appelle, en droit civil, exception de garantie ou garantie opposée par voie d'exception, c'est-a-dire avec la règle « *Quem de evictione tenet actio eumdem agentem repellit exceptio* » (Voy., sur l'application de cette règle, req. 27 mars 1893; D. P. 94. 1. 338; S. 96. 1. 443). Elle diffère, à deux points de vue, de l'exception dilatoire de garantie : 1° elle est opposée au garant qui prétend évincer le garanti, au lieu que l'exception dilatoire est opposée au demandeur ou défendeur originaire; 2° c'est un moyen de défense au fond, opposable par conséquent, en tout état de cause, tandis que l'exception dilatoire est une pure exception de procédure qui ne peut être opposée qu'*in limine litis* (Voy., sur la garantie opposée par voie d'exception, *supra*, § **941**, note 4).

[2] Voy., sur le sens de cette expression, en général, t. I, § **381**; et, dans le cas particulier, le § précédent.

[3] Req. 13 nov. 1894 (D. P. 95. 1. 35; S. 96. 1. 122). Elle serait même couverte par celle d'incompétence *ratione materiæ*, d'après un arrêt de la cour de Grenoble dont la solution paraît très contestable (6 avr. 1881; D. P. 82. 2. 17); mais elle l'est certainement : 1° par la sommation de communiquer tous titres, pièces et documents (Nancy, 13 mai 1893; D. P. 94. 2. 439); 2° par le consentement que le défendeur, auquel il est dû garantie, a donné aux mesures conservatoires sollicitées par le demandeur (Civ. cass. 21 avr. 1884; D. P. 85. 1. 103). Par contre, il a été jugé qu'elle n'est pas couverte par l'exception tirée de la nullité de l'exploit d'ajournement (Lyon, 11 déc. 1883; D. P. 85. 2. 193). Voy., sur la question de savoir dans quels cas, en général, une exception peut être considérée comme couverte par une autre, t. II, § **767**; sur le moment jusqu'auquel on peut opposer les exceptions d'ordre public, t. I, § **381**; et, sur la question de savoir s'il est permis de faire valoir pour la première fois l'exception de garantie en appel ou devant la juridiction de renvoi après cassation, le tome VI.

§ **945**. [1] Le 10, parce que le délai de la comparution est un délai franc (Voy. t. II, § **519**).

juillet 1898 à Vannes (50 myriamètres de Paris)[2], assignation à comparaître devant le tribunal de la Seine; il n'est tenu de comparaître que le 20 juillet[3]; mais, dès le 1er juillet, il donne l'ordre d'assigner en garantie Secundus domicilié à Paris; Secundus reçoit l'assignation le 3 juillet et doit comparaître dans la huitaine, c'est-à-dire le 12, huit jours avant Primus[4]. Dans ces deux cas le tribunal doit[5] refuser le sursis[6].

§ **946**. 2° Si la personne assignée en garantie n'est tenue de comparaître qu'après celle qui prétend avoir droit à garantie, le demandeur ou défendeur originaire[1] peut s'opposer au sursis[2], en alléguant qu'il n'y a pas lieu à garantie[3], que le garanti a déjà conclu au fond[4], ou qu'il a laissé passer le délai du recours en garantie[5]. Cet incident est jugé sommairement[6].

§ **947**. 3° Si le droit à garantie n'est pas contesté, et que le délai de la comparution du garant ne doive expirer qu'après celui de la comparution du garanti, ce dernier est tenu, à la réquisition du demandeur ou défendeur originaire[1], de justifier de l'utilité du sursis en rapportant la

[2] Voy. l'arrêté du 25 thermidor an XI, qui fixe les distances de Paris aux chefs-lieux de département (Comp., sur ce tableau, t. II, § **524**, note 5).

[3] C'est le jour où expirent les huit jours francs, augmentés de 10 jours à raison des 50 myriamètres (Voy. t. II, §§ **519** et **524**).

[4] Secundus, domicilié à Paris, n'a pour comparaître que huit jours sans augmentation de distance (Voy. t. II, § **672**).

[5] Même d'office (Voy. *suprà*, note 1).

[6] Art. 179. Cet article formule cette règle d'une manière implicite, mais suffisamment claire, puisqu'il n'organise le sursis que « si les délais des assignations « en garantie ne sont échus en même temps que celui de la demande origi- « naire » (Voy., sur ce point, Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 386).

§ **946**. [1] Suivant la distinction indiquée *suprà*, § **942**.

[2] Voy., sur le cas où le sursis ne serait pas contesté, mais où le tribunal le jugerait inutile, le § précédent.

[3] Voy., sur les cas où il n'y a pas lieu à garantie, *suprà*, § **939**.

[4] On a vu au même § que les conclusions au fond rendent la demande en garantie non-recevable.

[5] Voy., sur ces délais, le § précédent.

[6] Art. 180 (Voy., sur cette procédure, *infrà*, §§ **960** et suiv.).

§ **947**. [1] Voy., sur cette distinction, *suprà*, § **942**. Je crois même que le tribunal pourrait exiger d'office la preuve dont je vais parler (Voy. *suprà*, §§ **944**, note 1, et **945**, note 6).

preuve qu'il a formé sa demande en garantie, ou qu'il est encore dans le délai pour la former. S'il fait cette preuve, il obtient le sursis qu'il demande[2]; s'il ne la fait pas, il doit immédiatement conclure ou se laisser condamner par défaut[3]; si, étant encore à temps pour appeler garant, il annonce l'intention de le faire et ne prouve pas ensuite qu'il l'ait fait, l'instance reprend son cours immédiatement après l'expiration du délai, et il peut être condamné à des dommages-intérêts pour le retard inutile dont il est cause[4]. Comment et à quel moment doit-il justifier de sa demande en garantie? Il faut distinguer, à cet égard, trois hypothèses.

1) Le garanti a déjà formé son recours au moment où expire le délai de sa comparution, et il a entre les mains l'original de l'assignation donnée à sa requête (assigné le 1er juillet 1898 devant le tribunal de la Seine, il doit comparaître le 10; le 8, il a assigné son garant qui, ayant son domicile à Paris, doit comparaître huit jours après, c'est-à-dire le 17[5]; l'original de l'assignation ainsi donnée a été retourné le 9 au plus tard au garanti)[6]. Il le produit en comparaissant à l'audience pour laquelle il est assigné, et obtient ainsi sursis jusqu'à l'expiration du délai dans lequel le garant doit comparaître (dans l'espèce, jusqu'au 17)[7].

[2] « Il ne sera pris aucun défaut contre lui » (Art. 179). Ces expressions, empruntées à l'ordonnance d'avril 1667 (Tit. VIII, art. 5), faisaient allusion au défaut faute de défendre qui n'existe plus aujourd'hui; et, comme il ne peut être question ici d'un défaut faute de comparaître — le garanti a comparu puisqu'il demande un sursis — le seul défaut qu'on puisse concevoir dans l'espèce est le défaut faute de conclure. Aussi l'article 179 devait-il dire : « Il ne sera « pas pris de défaut contre lui ». Voy., sur les diverses espèces de défaut, le tome VI.

[3] Voy., sur les jugements par défaut, *ib.*

[4] Cette condamnation est laissée, comme d'habitude, à la discrétion du tribunal (Voy. *infrà*, § **1093**).

[5] Cette huitaine est franche (Voy. t. II, § **519**).

[6] Voy., sur l'original de l'exploit qui doit rester aux mains du requérant, précisément pour qu'il puisse justifier, au besoin, qu'il l'a réellement signifié, t. II, § **572**.

[7] L'article 179 ne prévoit pas textuellement cette hypothèse, mais la solution que je viens de lui donner ne fait aucun doute. 1° Elle existait dans l'ancienne jurisprudence dès le XIIIe siècle. « Se li aucun, dit Beaumanoir, requierent lonc « jor d'avoir lor garant, parce qu'il dient que lor garans est en estranges terres, « on lor doit demander le nom et le sornom de celui qu'il dient qui doit estre lor « garans, et pour quele raisons il est tenus à porter le garantie » (*Op. cit.*, ch. XXXIV, n° 65; t. II, p. 37). L'ordonnance d'avril 1667 précisait ce point en prescrivant au demandeur de produire « copie de l'exploit de la demande en garantie « et des pièces justificatives » (Tit. VII, art. 5), et il n'est pas vraisemblable que

2) Le garanti a déjà formé son recours au moment où il est tenu de comparaître, mais le garant n'est pas domicilié au même lieu que le garanti, et l'original de l'assignation n'a pu revenir encore à ce dernier (assigné le 1er juillet 1898 devant le tribunal de la Seine où il doit comparaître le 10, il a assigné le 9 son garant domicilié à Évreux, c'est-à-dire à 10 myriamètres de Paris [8]; le 10, jour de sa comparution, il n'aura pas entre les mains l'original de son exploit, que l'huissier d'Évreux n'aura pu lui retourner encore). Il obtient alors sursis, aux termes de l'article 179, en certifiant par acte d'avoué à avoué, avant l'expiration du délai de sa comparution, qu'il a formé sa demande en garantie [9]; mais il n'est pas cru indéfiniment sur cette déclaration, car un moment vient où il doit prouver qu'il a réellement formé sa demande en représentant l'original de son exploit. Ce moment, que l'article 179 ne fixe pas avec assez de précision [10], est celui où l'original de l'assi-

le Code de procédure ait voulu abandonner cette solution. 2° Elle résulte même implicitement de l'article 179, car, s'il permet quelquefois, comme on va le voir, d'obtenir sursis sans produire encore l'original de l'assignation en garantie, *à fortiori* le peut-on en représentant cette pièce, qui prouve d'une façon péremptoire que la demande en garantie n'est pas un prétexte mais une réalité. Quant à soutenir que le garanti pourrait, dans l'espèce, obtenir sursis sans produire l'original de son assignation et en se bornant à déclarer qu'il a formé sa demande en garantie, cela me paraît impossible. S'il n'est pas tenu de produire cette pièce lorsqu'il lui est matériellement impossible de le faire, il n'y a pas de raison pour l'en dispenser quand rien n'empêche de la fournir (Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 343).

[8] La distance exacte est de 10 myriamètres 4 kilomètres (A. 25 therm. an XI), mais les fractions inférieures à 4 myriamètres ne sont pas comptées (Voy. t. II, § 524).

[9] Une déclaration à l'audience ne suffirait pas (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 35); mais il va sans dire que, si, grâce à l'extrême diligence de l'huissier, l'original avait pu revenir immédiatement au garanti (et, dans l'espèce, se trouver dès le 9 entre ses mains), la production de cet original remplacerait avec avantage l'acte d'avoué à avoué dont il vient d'être parlé (Bioche, *op.*, *v° et loc. cit.*). Boncenne critique cette partie de l'article 179, et trouve que le législateur aurait pu et dû exiger que le garanti produisît, à l'appui de la déclaration de son avoué, des pièces de nature à la fortifier — « des pièces justificatives » disait l'ordonnance d'avril 1667 (Tit. VIII, art. 5) — ou rendre l'avoué responsable de sa fausse déclaration (*Op. cit.*, t. III, p. 384). Il est possible qu'un surcroît de précaution n'eût pas été inutile dans l'intérêt du demandeur ou du défendeur originaire, et pour couper court aux fraudes que Beaumanoir signalait déjà de son temps (*Op. et loc. cit.*); mais la disposition de l'ordonnance d'avril 1667, que vise ici Boncenne, n'a pas trait à cette hypothèse : elle concerne uniquement l'assignation en garantie, dont le garanti a déjà l'original entre les mains, et dont il doit faire preuve en produisant cet original et « les pièces justificatives ».

[10] « Sauf, si le défendeur, après l'échéance du délai pour appeler le garant, « ne justifie pas de la demande en garantie, à faire droit sur la demande ori- « ginaire ». Exigera-t-on, comme l'article 179 paraît le dire, que le garanti justifie

gnation en garantie a pu revenir au garanti; il se détermine au moyen d'une présomption fondée sur l'article **1033**, à savoir que cet original a mis, pour revenir au garanti, autant de jours qu'il y a de fois cinq myriamètres entre le domicile du garant et celui du garanti[11] (dans l'espèce, l'original de l'exploit, signifié le 9 à Évreux, pourra être de retour à Paris deux jours francs après, par conséquent le **12**, et le garanti devra le représenter ce jour-là[12]).

3) Le garanti n'a pas encore formé sa demande en garantie au moment où il est tenu de comparaître, mais il est encore à temps pour la former (assigné le 1er juillet **1898** devant le tribunal de la Seine où il doit comparaître le **10**, il a un garant domicilié à Dijon, c'est-à-dire à **30** myriamètres de Paris[13], et peut, par conséquent, l'assigner jusqu'au **16**). Il obtient sursis en déclarant par acte d'avoué à avoué qu'il entend former sa demande en garantie et s'en réserver le droit; puis il en justifie dès que l'original de son assignation a pu lui revenir (s'il a attendu le **16** pour la donner, il possèdera l'original six jours francs plus tard, c'est-à-dire le **23**[14]; c'est ce jour-là qu'il devra le représenter)[15].

de sa demande en garantie dès que le délai qu'il a pour la former est expiré? Non, car il se peut que l'original ne lui soit pas encore revenu (dans l'espèce, il peut n'avoir pas entre les mains, le **10**, l'original de l'exploit signifié le 9 à Évreux). Attendra-t-on, pour exiger cette preuve, l'expiration du délai dans lequel le garant doit comparaître? Pas davantage, car le garanti peut fournir plus tôt cette justification dans l'espèce (le garant doit comparaître après huit jours francs, plus deux jours à raison de la distance, soit le 20; or on va voir que l'original de l'assignation à lui donnée peut se trouver dès le **12** entre les mains du garanti). La vérité est donc plutôt dans la solution intermédiaire que je vais indiquer.

[11] Voy., sur cette partie de l'article 1033, t. II, § **524**.

[12] Bioche, *op. et vo cit.*, nos 18 et 19. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, no 388. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 344.

[13] Exactement 30 myriamètres 6 kilomètres (A. 25 therm. an XI), mais la fraction ne compte pas (Voy. t. II, § **522**).

[14] Suivant la présomption de l'article 1033 précité (Voy. t. II, § **524**).

[15] L'article 179 ne vise pas cette hypothèse, mais on se conformera, en l'y appliquant, aux intentions du législateur, qui a voulu non-seulement que le garanti pût obtenir sursis à raison d'une demande en garantie formée en temps utile, mais encore qu'il jouît, pour appeler garant, de tout le délai fixé par l'article 175, et qu'il pût, par conséquent, obtenir sursis pour une demande qui n'a pas été formée mais qui peut l'être encore. D'ailleurs, avec l'obligation d'en justifier le plus tôt possible, et la menace de dommages-intérêts pour tout retard indûment apporté à la demande principale, cette extension de l'article 179 n'a que très peu d'inconvénients, et, dans tous les cas, elle n'en présente pas plus que l'application du même article à l'hypothèse même qu'elle a en vue (Voy., en ce

§ **948**. La demande en garantie a été formée, et le garant a comparu[1]; il est maintenant partie au procès comme les parties principales et au même titre qu'elles, soumis aux mêmes obligations, exposé aux mêmes déchéances, mais aussi investi des mêmes droits : n'est-ce pas sur lui que doit retomber en fin de compte la condamnation du garanti? serait-il juste d'enchaîner sa défense, et de lui refuser l'usage des moyens de fond ou de forme qui peuvent servir au succès de sa cause? J'en conclus qu'il peut opposer : 1° tous les moyens de défense que pourrait opposer le garanti, 2° tous ceux qui lui appartiennent en propre.

1° Le garant peut mettre en cause un autre garant que le garanti aurait pu y appeler, attaquer un jugement auquel le garanti a acquiescé[2], et même opposer des exceptions déjà couvertes au moment où il entre lui-même dans le débat[3]. La question ne se pose pas, bien entendu, pour l'exception d'incompétence *ratione materiæ* qui touche à l'ordre public, et que le garanti lui-même pourrait opposer après y avoir d'abord renoncé[4]; mais il y a plus de difficulté pour l'exception d'incompétence *ratione personæ*. On dit, pour refuser au garant le droit de l'invoquer quand le garanti y a renoncé pour son propre compte, que le garant est tenu de plaider devant le tribunal régulièrement saisi de la demande principale[5], et que ce tribunal, d'abord incompétent, a cessé de l'être quand le garanti a consenti, comme c'était son droit, à

sens, Bioche, *op., v° et loc. cit.*, Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*, Rodière, *op. et loc. cit.*, Bonnier, *op. cit.*, n° 451; et, en sens contraire, civ. cass. 14 mai 1838, D. A. v° *Exploit*, n° 260).

§ **948**. [1] Je rappelle que le garanti est tenu de comparaître même sur une demande tardivement formée, attendu que les délais fixés par l'article 175 ont été établis dans l'intérêt exclusif du demandeur ou défendeur originaire (Voy. *suprà*, § **943**).

[2] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 85 et suiv.

[3] La même question ne pourrait pas se présenter pour les défenses proprement dites ou défenses au fond, puisque le recours en garantie doit être formé *in limine litis* (Voy. *suprà*, § **943**). Si cependant, après avoir appelé garant, le garanti avait, par impossible, continué à plaider au lieu de demander un sursis (Voy., à cet égard, *suprà*, § **944**), et renoncé pendant ce temps à des moyens dont le garant aurait intérêt à se prévaloir, celui-ci pourrait demander la nullité de ce qui s'est fait en son absence.

[4] Voy. t. II, § **731**.

[5] Voy. *ib.*, § **473**.

plaider devant lui[6]. Je n'admets pas cette opinion qui me paraît poser en principe ce qui fait question : à savoir si la renonciation du garanti est opposable au garant, et si le tribunal, dont la compétence à l'égard du premier ne fait plus de doute, est aussi devenu compétent à l'égard du second. J'estime, au contraire, qu'en pareil cas le garant n'est pas plus lié par l'acquiescement du garanti qu'un défendeur ne le serait par celui de son codéfendeur[7]. J'irais même plus loin, et j'admettrais, par la même raison, le garant à opposer, fûssent-elles couvertes par le garanti, les exceptions de la nullité de l'ajournement et de la caution *judicatum solvi :* il invoquerait, dans le premier cas, la prescription que l'ajournement nul n'a pas interrompue[8]; il refuserait de plaider, dans le second cas, avant que l'étranger demandeur eût fourni caution[9] de payer les frais et dommages-intérêts résultant du procès[10].

2° Les moyens de défense que le garant peut opposer comme lui appartenant en propre sont, par exemple, ceux qu'il tire de sa qualité de donateur, d'une clause de non-garantie, de la nullité de l'assignation qui lui a été donnée, ou des causes d'interruption de l'instance qui se sont produites en sa personne[11]. Si, par suite de la difficulté de ces questions, et du délai que le garant demandera peut-être pour préparer sa défense, la demande en garantie n'est pas en état d'être jugée en même temps que la demande originaire, le tribunal peut[12], à la requête du demandeur ou

[6] Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 343.

[7] Voy., en ce sens, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 85.

[8] Voy., sur l'interruption de prescription par la demande en justice, t. II, § **663**, et le tome VII.

[9] Voy., sur la caution *judicatum solvi*, t. II, §§ **765** et suiv.

[10] La cour de cassation a jugé, le 4 octobre 1808, que le garant peut exciper de l'incompétence *ratione personæ* du tribunal que le garanti a reconnu compétent (D. A. v° *Compétence commerciale*, n° 458), mais elle s'est prononcée depuis en sens contraire (Req. 3 mai 1843, D. A. v° *cit.*, n° 341 ; req. 16 nov. 1881, D. P. 82. 1. 121). Elle a également jugé que le silence du garanti couvre, non-seulement pour lui mais encore à l'égard de son garant, les nullités de l'exploit introductif d'instance (Civ. cass. 1er mars 1824, D. A. v° *Chose jugée*, n° 248 ; req. 14 févr. 1826, D. A. v° *Exceptions*, n° 261).

[11] Le garant, à la différence de l'intervenant volontaire, n'est pas tenu de « venir prêt » (Voy., sur cette obligation de l'intervenant volontaire, *suprà*, § **931**).

[12] Mais dans ce cas seulement : le tribunal n'a pas le droit de disjoindre ces deux demandes, lorsqu'elles sont en état d'être jugées en même temps (Civ. rej 27 déc. 1882 ; D. P. 83. 1. 343).

défendeur originaire, ou même d'office[13], prononcer la disjonction et juger séparément la demande principale, sauf à faire droit ensuite sur la demande en garantie. Il va de soi que le garanti conservera, malgré cette disjonction, le bénéfice de sa demande en garantie incidente, et n'aura pas à redouter l'application des articles **1640** et **2031** précités du Code civil[14].

§ **949**. Les règles que je viens d'exposer conviennent à toute espèce de garantie, quel que soit le garant, et en quelque matière qu'il soit assigné. Celles qui suivent sont la mise en œuvre d'une distinction essentielle entre la garantie formelle et la garantie simple. « En garantie formelle pour les « matières réelles et hypothécaires » dit l'article **182**; « en « garantie simple » dit l'article **183** : ces indications sont sommaires, surtout la seconde, mais après tout suffisantes, car, si la garantie formelle concerne les matières réelles[1], il est évident que la garantie simple ne peut avoir lieu qu'en matière personnelle, et que, l'action du garanti contre le garant étant toujours personnelle[2], ce n'est pas elle qu'il faut considérer ici mais seulement la demande originaire. La garantie formelle a donc lieu quand la demande originaire est une action réelle; la garantie simple, quand la demande originaire est une action personnelle; et, comme une action est réelle ou personnelle suivant que le demandeur y prétend un droit réel ou un droit de créance[3], il y a garantie formelle lorsqu'il n'existe qu'un rapport purement réel entre le garanti et le demandeur ou défendeur originaire, et garantie simple quand l'un d'eux est créancier et l'autre débiteur[4].

[13] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 101 et 102. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. II, n°s 779 et 780. Civ. cass. 27 juin 1810 (D. A. v° *Effets de commerce*, n° 700). *Contrà*, Carré, *op. et loc. cit.*; Boncenne, *op. cit.*, t. III, p. 38, note 2.

[14] Art. 184. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 403. Voy., sur ces deux articles, *suprà*, § **942**, note 4.

§ **949**. [1] « Ou hypothécaire » dit l'article 182. Ces deux mots sont de trop, car, l'hypothèque étant un droit réel et l'action hypothécaire une action réelle, qui dit *matière réelle* dit en même temps *matière hypothécaire*. C'est une addition maladroite à l'article 9 du titre VIII de l'ordonnance d'avril 1667.

[2] Voy. t. I, § **322**; t. II, § **473**.

[3] Voy. t. I, § **318**.

[4] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 1 et 2. Carré, *op. cit.*, t. II, n° CXL. Boncenne, *op. cit.*, t. III, p. 373 et suiv. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I,

On verra aux §§ suivants que les différences qui séparent ces deux garanties résultent logiquement des principes sur lesquels elles reposent.

§ **950**. *a*. L'acheteur et le copartageant qui plaident sur la propriété de l'immeuble qui leur a été vendu ou attribué en partage, ou qu'on poursuit hypothécairement à raison de cet immeuble, mettent en cause leur vendeur et leurs copartageants; le locataire et le fermier appellent leur bailleur en garantie contre les prétentions d'un tiers qui se dit propriétaire de l'immeuble donné à bail ou à ferme[1] : dans ces deux cas la garantie est formelle, et le demandeur ou défendeur originaire, n'ayant pas contracté avec le garanti, n'étant pas son créancier, et n'ayant pas un droit absolu à le faire condamner, ne peut s'opposer à ce qu'un autre adversaire prenne sa place et se charge de sa défense. La direction du procès dépend donc entièrement du garant, qui peut prendre ou ne pas prendre le fait et cause du garanti. Prendre son fait et cause, c'est s'emparer du principal rôle, diriger l'attaque ou la défense, mais aussi s'exposer au jugement qui sera rendu contre lui; ne pas prendre le fait et cause du garanti, cela consiste à rester spectateur du procès et à laisser condamner le garanti envers le demandeur ou défendeur originaire, sauf à lui rembourser tout ce qu'il devra payer en fait de dépens ou de dommages-intérêts. C'est toujours pour le garant qu'en dernière analyse le procès sera perdu, et c'est sur lui que retombera l'obligation de garantie qui en résulte, car, s'il ne paie pas les frais et les dommages-intérêts au demandeur ou défendeur originaire, il devra les rendre au garanti qui les aura payés : il choisira donc généralement le premier parti, aimant mieux prendre l'affaire en main que de

n° 392. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 345. Bonnier, *op. cit.*, n° 458. D'où vient l'expression *garantie formelle?* De ce que, suivant la nature du contrat par eux passé, le vendeur et, plus généralement, tous ceux qui aliènent à titre onéreux sont formellement tenus à garantie (Boncenne, *op. cit.*, t. III, p. 374).

§ **950**. [1] Voy., sur ces hypothèses, *suprà*, § **940**. Je suppose un immeuble, parce que l'article 2279 du Code civil s'oppose, en principe, à la revendication des meubles, et que j'évite, pour ne rien compliquer, les cas exceptionnels où cette revendication peut être admise (Voy., sur la règle « En fait de meubles « possession vaut titre », t. I, §§ **341** et **360**).

laisser au garanti le soin d'en assurer le succès. Il est cependant libre de n'en rien faire, car la loi dit qu' « il le pourra « toujours », ce qui signifie qu'on ne peut ni l'en empêcher ni l'y contraindre. Du parti qu'il prendra dépend la situation du garanti[2].

§ **951**. 1° Le garant qui prend le fait et cause du garanti se met au premier rang, et relègue le garanti au second plan : on le condamne, d'abord, envers le demandeur ou défendeur originaire; puis, par un autre ou par le même jugement suivant qu'on a disjoint ou non les deux demandes[1], on le condamne à indemniser le garanti. Toutefois, ce dernier est traité sous deux rapports comme une véritable partie. 1) La condamnation principale au délaissement de l'immeuble, dont le demandeur est reconnu propriétaire[2], s'exécute contre lui; c'est lui qui est tenu de délaisser sur la seule signification du jugement rendu contre le garant, car, si, en droit, le garant le représente, et si ce qui est jugé contre l'un est jugé contre l'autre[3], il reste toujours qu'en fait c'est le garanti qui possède l'immeuble revendiqué, et que c'est à lui de le restituer[4]. 2) Il est personnellement condamné au paiement des frais qu'il a faits ou laissé faire par sa faute, n'ayant pas formé dès qu'il l'a pu son recours en garantie, et ayant occasionné par ce retard des

[2] Art. 182 et 185. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 775 *bis*. Boncenne, *op. cit.*, t. III, p. 376. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 397. Rodière, *op. et loc. cit.*

§ **951**. [1] Voy., sur cette distinction, *suprà*, § **944**.

[2] J'ai dit au § précédent, note 1, pourquoi je suppose un immeuble. J'ajoute que l'exécution contre le garanti de la condamnation principale prononcée contre le garant suppose nécessairement le garanti possesseur et, par conséquent, défendeur (Voy., sur le rôle du possesseur dans les actions réelles, t. I, § **341**); s'il était demandeur, il serait simplement débouté de sa demande, et il n'y aurait lieu contre lui qu'à la condamnation aux frais et aux dommages-intérêts dont je parlerai plus loin.

[3] Voy., sur cette application des principes qui régissent la chose jugée, *infrà*, § **1128**.

[4] Ce qui précède est le commentaire de l'article 185 ainsi conçu : « Les jugements rendus contre les garants formels seront exécutoires contre les garantis; « il suffira de signifier le jugement aux garantis, soit qu'ils aient été mis hors « de cause ou qu'ils y aient assisté, sans qu'il soit besoin d'autre demande ni « procédure ». Voy., sur cette phrase incidente *soit qu'ils aient été mis hors de cause ou qu'ils y aient assisté*, les §§ suivants; et, sur cette partie de l'article 185, Rodier, *op. cit.*, p. 92 et suiv., Faure, *Rapport au Corps législatif au nom du Tribunat* (Dans Locré, *op. cit.*, t. XXI, p. 588).

frais que le garant aurait pu lui éviter[5]; l'ordonnance d'avril 1667 les mettait à sa charge[6], et l'article 2028 du Code civil fournit, dans le même sens, un argument d'analogie : « La « caution, dit-il, n'a de recours que pour les frais par elle faits « depuis qu'elle a dénoncé au débiteur principal les poursuites « dirigées contre elle »[7]. Peu importe, à ces divers points de vue, l'attitude que le garanti prend dans cette instance[8]; mais les effets de la garantie formelle varient, sous d'autres rapports, suivant que le garanti s'est fait mettre ou non hors de cause[9].

§ **952**. α. Le garanti qui demeure en cause continue à y assister, et y reste défendeur : il n'a plus le premier rôle et la direction du procès lui échappe, mais il prend des conclusions sur tout ce qui le regarde personnellement, défend à celles qui sont formulées directement contre lui, et doit recevoir, aussi

[5] Ce seront le plus souvent des frais extrajudiciaires, car le garanti doit être mis en cause *in limine litis*, avant qu'aucune défense au fond ait été présentée et que, par suite, aucuns frais aient été faits. On pourrait cependant concevoir que la mise en cause du garant eût eu lieu plus tard, soit que le demandeur originaire et le tribunal lui-même eûssent consenti au sursis, soit que, ce sursis n'ayant pas été accordé, la demande principale et la demande en garantie eûssent suivi séparément leur cours, et se fûssent trouvées ensemble en état d'être jugées. Voy., sur l'obligation de former le recours en garantie *in limine litis*, et sur le sursis que la demande originaire peut subir par le fait de la mise du garant en cause, *suprà*, §§ **943** et **944**.

[6] Tit. VIII, art. 14.

[7] Il y a même un *à fortiori*, car l'article 2028 du Code civil prévoit un cas de garantie simple, où le garant ne peut prendre le fait et cause du garanti (Voy. le § suivant), et l'application de cette règle s'impose encore avec plus de force s'il s'agit d'un garant formel, qui, ayant pris le fait et cause du garanti, voit tout le poids du procès retomber sur lui. L'article 1630-3° du Code civil, qui comprend parmi les restitutions dues par le vendeur à l'acheteur évincé « les « frais faits sur la demande en garantie de l'acheteur, et ceux faits par le deman- « deur originaire », est donc trop absolu, et doit s'entendre seulement des frais que le garanti n'a pas occasionnés par sa faute (Merlin, *op. cit.*, v° *Dépens*, § VIII; Bonnier, *op. cit.*, n° 466; comp. Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 110 et 111; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 783 et 784).

[8] Je veux dire qu'il n'y a pas lieu de faire, sous ce rapport, la distinction, très importante à d'autres égards (Voy. le § suivant), du garanti qui est resté en cause et de celui qui s'est fait mettre hors de cause. L'application de l'article 2028 du Code civil se justifie aussi bien dans un cas que dans l'autre, et, quant à l'exécution contre les garantis des jugements rendus contre les garants formels, l'article 185 dit en propres termes qu'elle aura lieu « soit qu'ils aient été « mis hors de cause ou qu'ils y aient assisté » (Voy. *suprà*, note 4).

[9] Il faudrait même, suivant une autre opinion, distinguer ici non pas deux mais trois hypothèses. On trouvera au § **954** la réfutation de cette manière de voir.

bien que le garanti, signification des actes de la procédure[1]. Il a donc tous les droits d'une partie principale, mais il en court à peu près tous les risques[2], car il doit non-seulement subir l'exécution du jugement rendu contre son garant et supporter personnellement les frais occasionnés par sa faute[3], mais encore payer en cas d'insolvabilité du garant : 1) tous les frais du procès; 2) les fruits ou la valeur des fruits qu'il a perçus de mauvaise foi; 3) les dommages-intérêts que le tribunal juge à propos de prononcer. Quant aux frais, l'article 185, qui en rend le garanti responsable à défaut du garant insolvable, est une innovation[4] demandée par le Tribunat dans ses Observations sur le projet du Code de procédure : « La raison, disait-il, veut qu'on soit beaucoup plus sévère à « l'égard du garanti qui est resté en cause (que du garanti « mis hors de cause), parce qu'alors il a tout à s'imputer, au « moins à l'égard du demandeur originaire »[5]. Quant aux fruits, il est naturel qu'il soit condamné à les rendre en nature ou en argent, puisque c'est lui qui les a perçus, sauf son recours contre son garant s'il était de bonne foi au moment du contrat qui donne lieu à garantie[6]. Il en est de même des dommages-intérêts prononcés contre lui à raison de sa conduite comme possesseur ou comme défendeur, des dégrada-

§ **952.** [1] Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 399.

[2] Je dis *à peu près*, attendu qu'il ne paie les dépens qu'en cas d'insolvabilité du garant (Voy. la suite de ce §), et que, s'il était traité comme une partie principale, son obligation n'aurait pas ce caractère subsidiaire (Voy., sur le paiement des dépens, *infrà*, §§ **1092** et suiv.).

[3] Voy., à ce sujet, les explications qui précèdent.

[4] C'était autrefois une question controversée (Rodier, *op. cit.*, p. 96).

[5] Locré, *op. cit.*, t. XXI, p. 438. La disposition de l'article 181 est très claire : « En cas d'insolvabilité du garant, le garanti sera passible des dépens ». C'est donc à tort, suivant moi, que la cour de cassation (chambre des requêtes) a jugé, le 30 mars 1864, que cette obligation du garanti n'est pas subsidiaire, qu'il en est tenu dans le cas même où le garant serait solvable, et qu'il ne pourrait exiger que les poursuites fûssent dirigées d'abord contre ce dernier (D. P. 65. 1. 115; voy. Boncenne, *op. cit.*, t. III, p. 425, et la note sur cet arrêt dans D. P. *ib.*).

[6] Cbn. C. civ., art. 1599 et 1630-2°. Cette obligation du garanti est-elle principale ou subsidiaire? En d'autres termes, le garanti n'en est-il tenu qu'en cas d'insolvabilité du garant, ou bien doit-il rendre les fruits, alors même que le garanti serait solvable, et sauf à recourir contre lui? On peut hésiter sur ce point, car il est permis de s'étonner que le garanti ne soit tenu que subsidiairement de la restitution de fruits qu'il a perçus de mauvaise foi; toutefois, cette opinion est la plus sûre, et on verra à la note suivante comment elle peut se justifier. J'ajoute que, si le garant est insolvable, le recours du garanti contre lui ne sera efficace qu'en le supposant revenu à meilleure fortune.

tions qu'il a commises, ou de sa résistance à une juste demande[7].

§ **953**. β. Si le garanti veut échapper à la responsabilité des frais qui n'ont pas été faits par sa faute et des dommages-intérêts qui peuvent être alloués par le tribunal[1], il doit se faire mettre hors de cause : avant la fin de l'instruction, si l'affaire est assez simple pour ne donner lieu qu'à un seul jugement[2]; « avant le premier jugement »[3], si la cause est compliquée d'incidents qui nécessitent des jugements d'avant faire droit. Il faut entendre ici par premier jugement le premier qui statue sur un point de fait ou de droit : c'est celui-là qui forme le contrat judiciaire entre les parties s'il n'est pas déjà formé[4], et qui ne permet plus au garanti de se retirer de l'instance qu'il a laissé lier contre lui[5]. Je n'en

[7] Il paraîtra peut-être singulier que le garanti ne réponde que subsidiairement des dommages-intérêts occasionnés par son fait personnel, et l'article 185 n'est peut-être pas aussi formel sur ce point qu'en ce qui concerne les dépens (Voy. *suprà*, note 5). « En cas d'insolvabilité du garant, le garanti sera passible des « dépens...; il le sera aussi des dommages et intérêts, si le tribunal juge qu'il y « ait lieu ». Est-ce seulement des frais qu'il n'est tenu qu'en cas d'insolvabilité du garant, et n'est-il pas passible des dommages-intérêts dans le cas même où le garant serait solvable? On pourrait le soutenir au seul point de vue de l'interprétation littérale; mais, ce qui me détermine à écarter cette solution et à considérer comme subsidiaires toutes les condamnations prononcées contre le garanti resté en cause, c'est que, si elles étaient principales et que le garanti fût insolvable, il faudrait, du moins, que le garant en fût tenu subsidiairement : or, les éléments d'une pareille condamnation ne se trouvent pas dans l'article 185, et ce serait prendre le contre-pied de cet article que de déclarer le garant passible des dépens en cas d'insolvabilité du garanti. D'ailleurs, la responsabilité un peu lourde du garant est la conséquence de ce qu'il a pris sans y être forcé le fait et cause du garanti, et rien ne l'empêchera d'agir contre ce dernier par action principale pour obtenir de lui la restitution des dommages-intérêts auxquels son fait personnel a donné lieu. Quoi qu'il en soit, les auteurs ne paraissent pas hésiter à appliquer la même règle aux dommages-intérêts et aux frais, et à ne rendre le garanti responsable des uns et des autres que dans le cas d'insolvabilité du garant (Voy. notamment Bonnier, *op. et loc. cit.*; comp. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*).

§ **953**. [1] Je rappelle qu'il n'a aucun moyen d'éviter : 1° l'exécution du jugement rendu contre le garant et exécutoire de plein droit contre lui; 2° le paiement des frais occasionnés par sa faute (Voy. *suprà*, § **951**).

[2] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 45. Bonnier, *op. cit.*, n° 462.

[3] L'ordonnance d'avril 1667 disait *avant la contestation* (Tit. VIII, art. 9), c'est-à-dire avant la contestation en cause (Voy., sur le sens de cette expression dans l'ancienne jurisprudence, t. II, § **663**, note 5).

[4] Voy., sur le contrat judiciaire, t. II, § **662**.

[5] Bioche, *op., v° et loc. cit.* Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 778 *bis*. Boncenne, *op. cit.*, t. III, p. 376. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. et loc. cit.*

dirais pas autant du renvoi de la cause à une prochaine audience, simple mesure d'ordre qui ne fixe pas la situation respective des parties[6]. D'ailleurs, il n'est pas dit que le garant obtienne sa mise hors de cause, car le demandeur ou défendeur originaire peut s'y opposer et requérir qu'il reste en cause « pour la conservation de ses droits »; le tribunal appréciera les circonstances et maintiendra le garanti en cause, s'il paraît qu'en commettant des dégradations ou en percevant de mauvaise foi les fruits de la chose, il ait engagé sa responsabilité personnelle de manière à ne pouvoir plus décliner le rôle de défendeur[7]. S'il demande sa mise hors de cause et qu'il l'obtienne, il ne fait plus qu'assister au procès qui se plaide entre le demandeur ou défendeur originaire et le garant; on n'a plus de significations à lui faire ou de conclusions à formuler contre lui; il n'en a pas non plus à prendre, et ne craint pas d'être condamné par défaut faute d'en avoir pris[8], mais il ne cesse pas d'être partie dans l'affaire ni son avoué d'y occuper. S'il juge que l'affaire tourne mal et que le garant ne défend pas bien leurs intérêts communs, il peut prendre les conclusions que la situation lui paraît exiger; si le procès est perdu et que le demandeur ou défendeur originaire ait gain de cause, le même jugement ou un jugement ultérieur, mais du même tribunal et dans la même instance, fait droit à la demande en garantie, et condamne le garant à indemniser le garanti[9]. S'il n'obtient pas sa mise

[6] Bonnier, *op. et loc. cit. Contrà*, Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 345, note 1. Voy., sur les remises de cause, t. II, §§ **681** et **685**.

[7] Le demandeur ou défendeur originaire ne peut demander que le garanti reste en cause, dans la seule vue de le faire condamner aux dépens en cas d'insolvabilité du garant, car il aurait toujours intérêt à élever cette prétention : le garanti qui veut se faire mettre hors de cause se heurterait toujours à la résistance du demandeur ou défendeur originaire, et la faculté que la loi lui accorde de demander sa mise hors de cause deviendrait illusoire. Restant en cause à la requête du demandeur ou défendeur originaire et pour la conservation des droits de ce dernier, il doit payer les dépens en cas d'insolvabilité du garant, mais il faut, pour l'obliger à rester en cause, avoir un autre but et justifier d'un intérêt plus spécial (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 50; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 776; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 402; aj. sur les cas où le garanti ne peut obtenir de mise hors de cause, Paris, 11 juill. 1889, S. 91. 2. 131).

[8] « Quiconque trueve son garant et connoissant, et le pot amener à jor, il est « délivré de ce de quoi on le porsuit » (Beaumanoir, *op. cit.*, ch. XXIV, n° 45; t. II, p. 26). Voy., sur cette situation, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 51; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 776 et 778; Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 346.

[9] Bonnier, *op. cit.*, n° 464.

hors de cause, il se retrouve naturellement dans la même situation qu'un garanti qui ne l'aurait pas demandée[10].

§ **954**. γ. Une opinion très accréditée présente autrement la théorie de la garantie formelle. Il faudrait distinguer trois hypothèses : 1) le garant reste en cause ; 2) il se fait mettre hors de cause ; 3) il s'y fait mettre, mais il continue d'être en cause pour la conservation de ses droits ou de ceux du demandeur ou défendeur originaire. Dans le premier cas, le garanti continuerait à plaider, mais encourrait la condamnation aux dépens en cas d'insolvabilité du garant, et la condamnation aux fruits et aux dommages-intérêts. Dans le second cas, il deviendrait étranger au procès, n'encourrait, par conséquent, aucune condamnation personnelle, mais ne serait admis à rentrer en cause qu'au moyen d'une intervention qui risquerait de n'être pas admise[1], et devrait faire statuer sur son recours en garantie par une action principale, à laquelle on ne pourrait, sans doute, opposer l'article **1640** du Code civil[2], mais qui nécessiterait une nouvelle instance. Dans le troisième cas, il pourrait être condamné personnellement, mais il n'aurait pas la charge du procès à soutenir, et rentrerait, au besoin, dans la cause par un acte d'avoué à avoué, sans que ni le demandeur ou défendeur originaire ni le tribunal pûssent l'en empêcher, et son recours en garantie serait jugé dans la même instance[3]. On invoque, à l'appui de cette manière de voir : 1) l'autorité de Rodier qui explique ainsi l'article 10 du titre VIII de l'ordonnance d'avril 1667[4] ; 2) l'article 182 qui fait antithèse, en ces termes, entre la mise du garanti hors de cause et son assistance au procès : « Le garanti, quoique mis hors de « cause, pourra y assister pour la conservation de ses « droits, et le demandeur (ou défendeur) originaire pourra

[10] Voy., sur cette situation, le § précédent.

§ **954**. [1] Voy., sur la faculté qu'a le tribunal de ne pas admettre la demande en intervention, et de renvoyer l'intervenant à introduire une instance séparée, *suprà*, § **930**.

[2] Voy., sur cet article, *suprà*, § **942**, note **4**.

[3] Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 776 et 777. Boncenne, *op. cit.*, t. III, p. 376 et suiv. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 401. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 345.

[4] *Op. cit.*, p. 91. Comp. Imbert, *op. cit.*, liv. I, ch. XX, n° 6 (P. 140).

« demander qu'il y assiste pour la conservation des siens »[5].

Sans compter ce qu'a de bizarre cette situation d'un garanti qui sort du procès tout en y restant, et qui trouve ainsi le moyen d'être en cause sans y être, je ferai remarquer : 1) qu'il est tout à fait invraisemblable que le garanti qui se fait mettre hors de cause demeure assez étranger au procès pour n'y pouvoir plus rentrer que par l'intervention, comme une personne qui n'aurait jamais été en cause : n'est-ce pas son sort qui se décide, son éviction qui est en jeu, et conçoit-on qu'en s'effaçant derrière le garant qui a pris son fait et cause, il se soit mis complètement en dehors d'un procès qui l'intéresse à ce point? 2) que cette manière de comprendre la mise hors de cause supprime en grande partie l'utilité de la garantie incidente, car, si le garanti qui s'est fait mettre hors de cause est obligé de se pourvoir en garantie principale, l'économie des frais disparaît ainsi que l'avantage de terminer deux procès dans une seule instance, et tout le profit de la mise du garant en cause se réduit à l'application de l'article 1640 du Code civil[6]; 3) que, si l'article 182 distingue le garanti qui reste purement et simplement en cause de celui qui est mis hors de cause et qui cependant y a assisté, l'article 185 assimile, au contraire, implicitement ces deux situations, et les oppose toutes deux à la mise hors de cause en ces termes : « Il suffira de signifier le « jugement aux garantis, soit qu'ils aient été mis hors de cause « ou qu'ils y aient assisté »; 4) que Rodier n'est pas très ferme dans son opinion[7], et que Pothier enseigne, au contraire, très formellement que le garanti mis hors de cause y assiste activement, et n'a pas besoin d'y rentrer par voie d'intervention : « Encore que le garanti ait été mis hors de cause, il peut y « assister pour la conservation de ses droits, c'est-à-dire que, « si la cause se plaide, il peut avoir sur le barreau un avocat « pour plaider les moyens contre la demande originaire qui « pourraient échapper à l'avocat de son garant »[8].

Je conclus de ces arguments : 1) qu'il n'y a pour le garanti que deux situations possibles, rester en cause ou être hors de

[5] Voy., sur la rédaction de cet article, Bonnier, *op. cit.*, n° 464, note 1.
[6] Voy., sur l'utilité de la garantie incidente, *suprà*, § 942.
[7] *Op. et loc. cit.*
[8] *De la procédure civile*, n° 100.

cause; 2) que ce dernier parti n'exclut ni une assistance active, ni le droit de rentrer dans le premier rôle sans avoir besoin de recourir à l'intervention; 3) que le demandeur ou défendeur originaire, qui requiert le garanti d'assister au procès pour la conservation de ses droits, l'empêche, en définitive, de se faire mettre hors de cause, et le force, par conséquent, à y rester[9].

§ **955**. 2° Si le garant ne prend pas le fait et cause du garanti, il s'épargne l'ennui du procès mais n'en évite pas les conséquences : il ne plaide ni ne conclut, il ne fait ni ne reçoit de significations, mais il doit indemniser le garanti qui succombe, si même il n'est pas condamné personnellement envers le demandeur ou défendeur originaire[1]. Deux hypothèses peuvent, en effet, se présenter : ou le garanti reste en cause, ou il se fait mettre hors de cause. 1) S'il reste en cause, il est condamné au principal, aux dommages-intérêts et aux frais, car l'article 185, qui ne l'en déclare passible qu'en cas d'insolvabilité du garant, s'applique seulement au cas où celui-ci a pris son fait et cause[2]. Par contre, le tribunal fait droit sur la demande en garantie dans la même instance, et condamne le garant à indemniser le garanti par le même jugement ou par un jugement ultérieur, suivant que les deux demandes ont été disjointes. Obtenir ce résultat sans ouvrir une nouvelle instance ni rien craindre de l'article 1640 du Code civil[3] : telle est, dans ce cas, la seule utilité de la demande en garantie incidente, mais elle n'est pas à dédaigner, et justifie pleinement la précaution que le garanti a prise d'appeler son garant en cause. 2) S'il se fait mettre hors de cause, il doit exécuter le jugement qui le condamne à délaisser[4], et payer les frais occasionnés par sa

[9] Voy., en ce sens, Bonnier, *op. cit.*, n° 464.

§ **955**. [1] Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 397.

[2] L'article 185 tout entier suppose que le jugement sur le chef principal est rendu contre le garant formel, ce qui ne peut arriver que si ce dernier a pris le fait et cause du garanti.

[3] Voy., sur cet article, *suprà*, § **942**, note 4.

[4] On a vu au même § que le jugement qui condamne à délaisser un immeuble est nécessairement exécutoire contre le garanti qui possède, peu importe qu'il soit en cause ou hors de cause.

faute, mais il n'est condamné ni au surplus des frais, ni à la restitution des fruits, ni aux dommages-intérêts; c'est le garant qui y est condamné, sauf son recours contre le garanti, et même condamné par défaut, puisqu'ayant refusé de prendre le fait et cause du garanti, il n'a pas pris de conclusions[5]. Le droit, qu'a dans ce cas le garanti, de se faire mettre hors d'instance ne résulte pas de l'article 182, qui vise seulement l'hypothèse où le garant a pris son fait et cause, mais de l'article 1727 du Code civil, aux termes duquel le preneur — comme toute autre personne assignée par action réelle — « doit être mis hors d'instance, s'il l'exige, en nom- « mant le bailleur pour lequel il possède »[6]. Cette situation, entièrement conforme à la notion de la garantie formelle qui exclut toute idée d'obligation personnelle entre le garanti et le demandeur ou défendeur originaire[7], trouve, d'ailleurs, son correctif dans la faculté réservée à ce dernier, de s'opposer à la mise du garant hors de cause, et de demander qu'il y reste « pour la conservation de ses droits »[8].

§ **956**. *b*. Le débiteur, assigné en paiement de sa dette, met en cause les personnes qui sont tenues avec lui d'une obligation solidaire ou indivisible; la caution poursuivie par le créancier met en cause le débiteur principal et les autres cautions de la même dette; le cessionnaire d'une créance à qui le débiteur cédé refuse de payer, ou que ce débiteur actionne en nullité de la cession ou en répétition d'un paiement déjà fait, met son cédant en cause; c'est la garantie simple[1], dans laquelle « le garant pourra seulement intervenir

[5] Voy., sur le défaut faute de conclure, le tome VI.

[6] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 49. Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 775. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 345. Voy., dans le même sens sous l'ordonnance d'avril 1667, Rodier, *op. cit.*, p. 90.

[7] Voy., sur ce point, *suprà*, § **949**.

[8] Voy., sur le sens de cette expression, *suprà*, § **953**, et particulièrement la note 7.

§ **956**. [1] On remarquera qu'il n'est pas certain, dans cette dernière hypothèse, que le débiteur cédé soit tenu envers le cessionnaire, puisqu'il refuse de payer, dit avoir payé indûment, ou argue la cession de nullité; mais c'est quand même un cas de garantie simple : 1° parce qu'il ne s'agit que d'obligation et, par conséquent, d'action personnelle (Voy. *suprà*, § **949**); 2° parce que le débiteur cédé est présumé, jusqu'à preuve contraire, être débiteur du cessionnaire qui justifie de l'acquisition de la créance par la possession du titre (C. civ., art. 1689).

« sans prendre le fait et cause du garanti »[2]. C'est une conséquence éloignée, mais certaine, de l'article **1134** du Code civil : la convention fait la loi des parties, rien ne peut soustraire à l'exécution de ses obligations le débiteur ou quiconque est présumé l'être jusqu'à preuve contraire, et il doit, avant tout, répondre à l'action du créancier, et ne pas se substituer sans son agrément un autre défendeur[3]. Il est donc également impossible, en garantie simple, au garant de prendre le fait et cause du garanti, et à celui-ci de se faire mettre hors de cause. Cette situation est identique à celle qui se présente en garantie formelle quand le garant n'a pas pris le fait et cause du garanti, et que celui-ci ne s'est pas fait mettre hors de cause : il plaide seul, il est seul condamné, mais on fait droit à sa demande en garantie dans la même instance, et sans que le garant puisse lui opposer l'article **2031** du Code civil[4]. Il est cependant un autre avantage que le garanti retire quelquefois de la demande incidente en garantie simple : c'est de faire diviser la condamnation entre lui et les codébiteurs qu'il a mis en cause, lorsqu'il n'est pas tenu de payer toute la dette sauf son recours contre eux[5]. Si donc il s'agit d'une dette indivisible *naturâ vel obligatione*, qu'un des débiteurs ait été assigné pour la totalité de cette dette, qu'elle ne soit pas de nature à ne pouvoir être acquittée que par lui, et qu'il ait mis ses codébiteurs en cause, ils doivent tous être condamnés conjointement à exécuter cette obligation, et, si le

[2] Art. 183.

[3] C'est pour cela que la délégation, par laquelle un débiteur en met un autre à sa place, ne décharge le premier que si le créancier a accepté le second (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 214). On enseigne généralement que le droit romain, poussant plus loin l'idée que le lien d'obligation est exclusivement personnel, et qu'aucune des deux parties ne peut se substituer une autre personne jusque-là étrangère au rapport obligatoire, n'admettait pas que le créancier pût céder sa créance sans le consentement de son débiteur (Voy. notamment Accarias, *Précis du droit romain*, t. II, n° 489). Paul Gide a fortement combattu cette idée dans ses *Études sur la novation et le transport des créances en droit romain* (Paris, 1879), p. 231 et suiv.

[4] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 54. Carré, *op. cit.*, t. III, n° CXLI. Boncenne, *op. cit.*, t. III, p. 380. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 395. Rodière, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. cit.*, n° 459. Voy., sur l'article 2031 du Code civil, *suprà*, § **942**.

[5] Je néglige ici le cas où plusieurs personnes se sont obligées ensemble comme cautions : ce n'est pas de garantie qu'il s'agit entre elles, mais du bénéfice de division qui est soumis à des règles très différentes (Voy. *suprà*, § **943**, note 2).

refus de l'un d'eux en rend l'exécution impossible, les dommages-intérêts qui en tiennent lieu sont dus par lui en entier, mais par les autres pour leur part seulement[6]. Il en sera différemment si l'obligation est solidaire ou indivisible *solutione tantum*[7] : chacun des codébiteurs est alors tenu de payer toute la dette, et la demande en garantie incidente, que le codébiteur poursuivi a formée contre les autres, ne peut avoir pour résultat de faire diviser la condamnation entre eux au détriment du créancier, mais seulement de les faire condamner immédiatement à rembourser, chacun pour sa part, celui d'entre eux qui a dû payer plus que la sienne[8].

[6] C. civ., art. 1225 et 1232. Dumoulin (*Op. cit.*, part. II, nos 469 et suiv., part. III, nos 90 et 104; t. III, p. 183, 269 et 270) et Pothier (*Des obligations*, n° 333) enseignent formellement que le débiteur poursuivi pour le tout ne doit être condamné que pour partie lorsqu'il a mis ses cohéritiers en cause; et l'article 1225 du Code civil le suppose lui-même en y faisant exception dans le cas où la dette est de nature à ne pouvoir être acquittée que par le débiteur auquel le créancier s'est adressé (Duranton, *op. cit.*, t. XI, nos 303, 305 et 311; Demolombe, *op. cit.*, t. XXVI, n° 601; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 51; Marcadé, *op. cit.*, t. IV, sur l'art. 1225, nos 1 et 2; Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, n° 160 *bis*-I et II; Larombière, *op. cit.*, t. III, sur l'art. 1225, n° 9; Caresme, *Théorie de la divisibilité et de l'indivisibilité des obligations*, Thèse pour le doctorat (Paris, 1854), nos 138 et suiv.). La condamnation du débiteur, par la faute de qui l'obligation n'a pas été exécutée, au paiement intégral des dommages-intérêts est l'application de l'article 1232 du Code civil, qui dispose qu'en cas d'obligation indivisible avec clause pénale la peine « peut être demandée pour la totalité contre celui qui a « fait la contravention » (Voy., sur l'application de l'article 1232 aux dommages-intérêts, Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*).

[7] Voy., sur l'indivisibilité *solutione tantum*, et sur le moyen de la distinguer de l'indivisibilité *natura* (C. civ., art. 1217) et de l'indivisibilité *obligatione* (C. civ., art. 1218), Demolombe, *op. cit.*, t. XXVI, nos 530 et suiv.; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 57; Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, n° 157 *bis*-IX; Marcadé, *op. cit.*, t. IV, sur l'art. 1218, n° 1; Larombière, *op. cit.*, t. III, sur les art. 1217 et 1218, n° 9; Boistel, *De l'indivisibilité* solutione (dans la *Revue historique de droit français et étranger*, t. XIV, 1868, p. 146 et suiv.); Caresme, *op. cit.*, nos 113 et suiv.

[8] C. civ., art. 1213 et 1221. Voy., en ce sens : 1° pour la solidarité, Duranton, *op. cit.*, t. XI, n° 215; Demolombe, *op. cit.*, t. XXVI, n° 316; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 28; Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, n° 136 *bis*-II; Larombière, *op. cit.*, t. III, sur l'art. 1203, n° 4; 2° pour l'indivisibilité *solutione tantum*, Demolombe, *op. cit.*, t. XXVI, n° 590; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 56 et 59; Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, n° 161 *bis*-III; Larombière, *op. cit.*, t. III, sur l'art. 1221, n° 26; Caresme, *op. cit.*, n° 219. Cette décision résulte nécessairement de l'article 1221 du Code civil, qui autorise le créancier à poursuivre pour le tout l'un des débiteurs d'une obligation indivisible *solutione tantum* : mais il est à remarquer qu'il en était autrement dans l'ancien droit, que le débiteur d'une obligation de cette espèce ne pouvait se libérer en offrant sa part, mais qu'il ne pouvait pas non plus être poursuivi pour le tout (Pothier, *op. cit.*, nos 316 et 317). On en concluait que la prescription n'était interrompue que pour partie par la demande formée contre lui (Pothier, *op. et loc. cit.*), au lieu qu'aujourd'hui elle le serait nécessairement pour le tout (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 59; comp. Colmet de Santerre, *op. et loc. cit.*).

§ **957**. B. Je n'ai parlé jusqu'ici que de la garantie proprement dite, celle qui résulte de la translation à titre onéreux d'un droit réel ou de créance, ou bien d'une dette contractée simultanément par plusieurs personnes[1]; mais on appelle aussi garantie, dans un sens plus large et surtout moins précis, l'obligation où l'on est d'indemniser autrui du préjudice qu'il a souffert et dont on est cause[2]. Aussi est-il de jurisprudence constante qu'une personne, contre qui l'on demande par voie d'action, ou à qui l'on oppose sous forme de défense, la nullité d'un acte de notaire ou d'huissier, peut mettre en cause le notaire ou l'huissier à qui cette nullité est imputable, pour qu'ils en soient déclarés responsables et condamnés aux dommages-intérêts[3]. Cette solution, qui n'est peut-être pas rigoureusement exacte au point de vue des principes, présente, au point de vue de la prompte expédition des affaires et des intérêts de la personne qui forme ce recours, trop d'avantages pour qu'on puisse la contester sérieusement[4], et la seule difficulté qui puisse s'élever ici — les auteurs ne paraissent pas s'en être préoccupés, et aucun arrêt ne l'a résolue — est de savoir si l'on peut appliquer à cette hypothèse les articles 175 et suivants sur le délai du recours en garantie, l'exception dilatoire, et le sursis qui peut en résulter[5]. On pourrait dire, en faveur de la négative, que des dispositions aussi précises, et édictées à peine de déchéance, ne doivent être appliquées qu'à la garantie proprement dite, mais il faut tenir grand compte des avantages qu'elles offrent et du peu d'inconvénients qu'elles présentent : elles laissent au garanti un temps suffisant pour mettre son garant en cause; elles l'empêchent d'en abuser au détriment du demandeur ou défendeur originaire; elles permettent, enfin, au tribunal de faire prompte justice sur la demande principale en la disjoignant,

§ **957**. [1] Voy., sur cette distinction, et sur les cas où il y a lieu à garantie en général, *suprà*, § **942**.

[2] Civ. cass. 27 déc. 1882 (D. P. 83. 1. 343).

[3] Voy. t. II, § **418**.

[4] Voy., sur les avantages des demandes en garantie incidente, *suprà*, § **942**. Il faut seulement que les conclusions prises contre la partie mise en cause tendent à la faire condamner, sans quoi sa mise en cause n'aurait ni portée juridique ni sanction, et devrait être déclarée non-recevable (Req. 22 juin 1897; D. P. 97. 1. 509; S. 98. 1. 237).

[5] Voy., sur ces deux points, *suprà*, §§ **943** et suiv.

au besoin, d'avec la demande en garantie[6]. Aussi les tribunaux, sans prendre formellement parti sur cette question, paraissent-ils disposés à appliquer aux cas dont il s'agit l'ensemble des règles de procédure établies en matière de garantie[7].

§ **958**. C. L'assignation en déclaration de jugement commun[1] existait déjà dans la pratique sous l'empire de l'ordonnance d'avril 1667[2]. Comme elle a vis-à-vis du défendeur le caractère d'une demande principale[3], le Code de procédure l'a passée sous silence dans les titres qu'il consacre aux incidents[4]; mais sa recevabilité en tout état de cause[5], soit avant soit après le jugement[6], n'en est pas moins certaine[7]. Elle n'a point d'inconvénients, car ce n'est pas une surprise pour le défendeur qui est assigné par ajournement suivant la forme

[6] Voy., sur ces divers points, *suprà, ib.*

[7] Voy. notamment civ. rej. 7 nov. 1849 (D. P. 49. 1. 284); Douai, 9 janv. 1854 et 7 août 1856 (D. P. 56. 2. 97); trib. de Boulogne, 25 déc. 1860 (D. P. 61. 3. 47); Angers, 10 déc. 1869 (D. P. 70. 2. 82); civ. rej. 23 juill. 1872 (D. P. 73. 1. 69). Voy. aussi, sur un cas analogue, Poitiers, 18 avril 1883 (D. P. 84. 2. 30). Un autre arrêt a même étendu cette jurisprudence au cas où un actionnaire, poursuivi en paiement du solde du prix de ses actions, recourt contre les administrateurs de la société qui ont, par leur mauvaise administration, contraint les actionnaires à verser le complément de leur apport (Civ. cass. 27 déc. 1882; D. P. 83. 1. 343); mais il convient de s'arrêter là, et de ne pas confondre les demandes en garantie avec les demandes en responsabilité qui, ne supposant pas que le préjudice causé au demandeur lui soit arrivé par la faute du défendeur, ne sont pas nécessairement subordonnées à la demande originaire, et doivent, par conséquent, être elles-mêmes formées par action principale : tels seraient, par exemple, le recours qu'un commissionnaire de transport, actionné à raison de la perte ou des avaries des marchandises par lui confiées, exerce contre son propre assureur (Civ. cass. 21 janv. 1863, D. P. 63. 1. 46; civ. cass. 24 janv. 1865, D. P. 65. 1. 72; Nîmes, 11 févr. 1880, D. P. 80. 2. 148), ou l'action intentée contre une compagnie d'assurances par la personne poursuivie comme responsable d'un accident dont cette compagnie s'est engagée à la couvrir (Voy., en ce sens, les arrêts rapportés dans Dalloz, *op. cit.*, v° *Exceptions*, supp., n° 60).

§ **958**. [1] J'ai défini cette demande au § **938**.

[2] Rodier, *op. cit.*, p. 152.

[3] Voy. *suprà*, § **938**.

[4] Le projet de la commission de 1866 comblait cette lacune (Greffier, *op. et loc. cit.*; comp. *suprà*, § **938**, note 8), et le projet de 1894 reconnait aussi expressément la régularité de cette procédure (P. 252).

[5] Bonnier, *op. cit.*, n° 723.

[6] Bonnier, *op. et loc. cit.*

[7] Merlin, *op. cit.*, v° *Intervention*. Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1271. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 136. Colmet-Daage et Glasson, sur Boitard, *op. cit.*, t. I, n° 530, note 1. Bonnier, *op. et loc. cit.* Van Boneval-Faure, *op. et loc. cit.*

ordinaire[8]; elle a de grands avantages, car, en rendant la décision à intervenir, ou déjà prononcée, commune entre le défendeur et les parties déjà en cause, elle empêche ce défendeur d'y former tierce opposition[9], et de prétendre que la chose jugée soit, quant à lui, *res inter alios acta*[10]. Seulement, ici comme ailleurs, l'intérêt est la mesure des actions[11], et on ne pourra, par conséquent, assigner à cette fin qu'une personne à qui la chose jugée serait opposable en fait, et qui aurait le droit d'y former tierce opposition[12] : si le tiers assigné en déclaration de jugement commun était tellement étranger au débat que la décision à intervenir ne pût le toucher ni près ni loin, l'assignation qui lui est donnée n'aurait pas de but[13]; si cette décision devait, *ipso facto*, être commune avec lui, c'est-à-dire qu'il fût représenté au procès et, par suite, non-recevable à former tierce opposition, cette assignation serait frustratoire[14]. Il ne faut pas non plus qu'elle apporte à la solution de l'instance originaire un retard préjudiciable aux intérêts des parties déjà en cause; et, comme la personne assignée n'est pas tenue de « venir prête », et peut avoir besoin d'un délai pour préparer sa défense[15], le tribunal verra s'il convient de surseoir au jugement de la demande originaire, ou de disjoindre et de juger celle-ci d'abord, sauf à statuer ensuite sur l'assignation en déclaration de jugement commun[16]. Cette demande n'est pas intro-

[8] Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 137. Colmet-Daage, sur Boitard, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. et loc. cit.*

[9] Voy., sur la tierce opposition, le tome VII.

[10] Voy., sur la règle « *Res inter alios judicata aliis nec nocet nec prodest* », *infrà*, § **1128**.

[11] Voy., sur ce principe, t. I, § **296**.

[12] Bruxelles, 8 mai 1822 (D. A. v° *Intervention*, n° 146). Grenoble, 13 juill. 1897 (D. P. 98. 2. 38).

[13] Voy., sur l'application de cette règle, civ. cass. 19 août 1818 (D. A. v° *Tierce opposition*, n° 150); req. 4 mars 1834 (D. A. v° *Intervention*, *loc. cit.*); Bordeaux, 18 janv. 1838 (D. A. v° *Contrat de mariage*, n° 2434); Grenoble, 17 févr. 1853 (D. P. 54. 2. 253); Bourges, 23 janv. 1867 (D. P. 67. 2. 197) et 21 août 1871 (D. P. 73. 2. 34); civ. rej. 19 nov. 1873 (D. P. 74. 1. 200).

[14] Bonnier, *op. et loc. cit.*

[15] Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1274. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. et loc. cit.* Voy., sur l'obligation pour l'intervenant volontaire de « venir prêt », *suprà*, § **931**.

[16] Comme en matière de demande reconventionnelle (Voy. *suprà*, § **926**) et de garantie incidente (Voy. *suprà*, § **948**). Comp., sur ce point, Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 166; Bonnier, *op. et loc. cit.*

ductive d'instance et, par conséquent, sujette au préliminaire de conciliation[17]. Elle oblige la personne qui la reçoit à intervenir — de là vient que sa présence au procès s'appelle intervention forcée[18] — c'est-à-dire à constituer avoué, sous peine de voir rendre par défaut, en ce qui la concerne, le jugement qui lui sera commun avec les parties déjà en instance[19]. L'intervenant forcé une fois en cause, tout se passe avec lui comme avec les parties originaires : il conclut, plaide, a gain de cause ou succombe, et, suivant les cas, paie les frais qu'il a faits ou en obtient le remboursement[20]; il peut même arriver qu'il se substitue bon gré mal gré à l'une des parties originaires, si celle-ci requiert et obtient sa mise hors de cause[21]. Si le jugement qu'on veut rendre commun est déjà prononcé, l'assignation en déclaration de jugement commun est non-seulement principale à l'égard de la partie qui en est l'objet, mais encore introductive d'une nouvelle instance et soumise, en cette qualité, au préliminaire de conciliation[22]. Loin de prévenir un nouveau procès, elle le fait naître au cas où le tiers ainsi assigné ne consentirait pas à tenir le jugement qui lui est signifié pour commun entre lui et les parties entre lesquelles il a été rendu, et, si elle conserve alors le nom d'intervention forcée, c'est seulement parce qu'elle oblige ce tiers à maintenir sa prétention, ou à laisser prendre par défaut contre lui un jugement qui fera droit à la demande dont il est l'objet[23].

[17] Voy. t. II, § **618**.

[18] Voy. *suprà*, § **923**.

[19] Voy., sur le jugement par défaut, le tome VI.

[20] Voy., sur le paiement des frais, *infrà*, §§ **1192** et suiv.

[21] Req. 27 déc. 1837 (D. A. v° *Absent*, n° 465). Civ. cass. 18 juin 1856 (D. P. 56. 1. 253). Req. 1er août 1867 (D. P. 68. 1. 69).

[22] Bonnier, *op. et loc. cit.*

[23] Bonnier, *op. et loc. cit.*

SECTION III

Procédure sommaire et instruction par écrit.

SOMMAIRE. — § **959**. Caractère général de la procédure sommaire et de l'instruction par écrit. — § **960**. I. La procédure sommaire est identique, en principe, à la procédure ordinaire. — § **961**. Suite. Conséquences de ce principe. — § **962**. Suite. En quoi ces deux procédures diffèrent l'une de l'autre. — § **963**. Suite. 1° Les affaires sommaires sont jugées à l'audience sur un simple acte sans autres écritures ou formalités. — § **964**. Suite. 2° Elles sont dispensées du tour de rôle. — § **965**. Suite. 3° Le jugement des demandes incidentes et en intervention y est simplifié. — § **966**. Suite. 4° L'enquête sommaire. Elle est soumise, en principe, aux mêmes formes que l'enquête ordinaire. — § **967**. Suite. Exceptions à cette règle. — § **968**. Suite. *a*) Cette enquête se fait à l'audience. — § **969**. Suite. *b*) Il n'y a de délais de rigueur ni pour la commencer ni pour la finir. — § **970**. Suite. *c*) On n'en dresse pas toujours procès-verbal. — § **971**. Suite. Des affaires sommaires en vertu de l'article 404 et de la loi du 11 avril 1838 (Art. 1er). — § **972**. Suite. 1° Appels des juges de paix. — § **973**. Suite. 2° Demandes mobilières susceptibles d'être jugées en dernier ressort. — § **974**. Suite. 3° Demandes mobilières fondées sur un titre non contesté. — § **975**. Suite. 4° Demandes qui requièrent célérité. — § **976**. Suite. Cette énumération est-elle limitative? — § **977**. Suite. Solution négative de cette question. — § **978**. Suite. Applications. — § **979**. II. Instruction par écrit. Jugement qui l'ordonne. Marche de cette procédure. — § **980**. Suite. Complications possibles. — § **981**. Suite. Taxe des frais et communication des pièces. — § **982**. Suite. Rapport. — § **983**. Suite. Dans quels cas il y a lieu à cette procédure; formes particulières des instances en matière d'enregistrement et de contributions indirectes. — § **984**. Suite. Parallèle entre le rapport en matière d'instruction par écrit, et le délibéré sur rapport dans une affaire instruite oralement.

§ **959**. Le caractère de la procédure ordinaire qui a fait l'objet des §§ **870** et suivants, c'est l'alliance, dans les proportions déterminées par la loi, de l'instruction écrite et de l'instruction orale, c'est-à-dire des requêtes et conclusions signifiées par écrit, et des plaidoiries prononcées à l'audience[1]. Ce qui distingue, au contraire, les formes exceptionnelles de la procédure sommaire et de l'instruction par écrit, c'est qu'on emploie presque exclusivement dans celle-là les explications orales, dans celle-ci les significations écrites : de là plus de simplicité dans l'une, plus de complication dans l'autre[2].

§ **959**. [1] Voy., sur ce point, t. II, § **555**. Je rappelle qu'il est aussi permis de prendre des conclusions verbales à la barre du tribunal, mais qu'elles doivent être, immédiatement après, rédigées par écrit et remises entre les mains du greffier (Voy. t. II, § **681**).

[2] Voy., sur cette distinction, t. II, § **555**.

§ **960**. I. La procédure sommaire ou abrégée, qui a pour but d'épargner aux affaires les plus simples, les moins importantes ou les plus urgentes les frais et les longueurs de l'instruction ordinaire[1], n'est pas une nouveauté. Justinien ordonnait déjà d'instruire certains procès *sine scriptis et sine aliquâ expensâ*, à raison de la modicité de l'intérêt ou de la condition des plaideurs (*breves lites*, *vilium personarum causæ*)[2]; et cette règle a passé, bien ou mal observée[3], dans notre ancienne jurisprudence[4] et de là dans le Code de procédure[5], à cela

§ **960**. [1] Périn, *op. cit.* (Dans Locré, *op. cit.*, t. XXI, p. 634). Carré, *op. cit.*, t. III, p. 475. Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 9 et 12. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 691. Voy., pour plus de détails sur les causes qui font dispenser telle ou telle affaire de la procédure ordinaire, *infrà*, §§ **971** et suiv.

[2] Cod. Just., Auth. *Nisi breves*, *ad* L. 3, *De sent. ex peric. recit.* (VII, XLIV). Nov. Just., XVII, c. 3.

[3] Voy., sur ce point, Papon, *op. cit.*, liv. III, tit. II, n° 1 (P. 527); Brillon, *Recueil des arrêts*, v° *Matières sommaires* (Paris, 1727), t. II, p. 331. Voy. sur les appointements, t. II, § **536**; sur les épices, t. II, § **544**; et, sur la vénalité des offices de judicature qui était la source de cet abus, t. I, § **102**.

[4] O. mars 1498, art. 81 et 82 (*Recueil des ordonnances des rois de France*, t. XXI, p. 193). O. janv. 1560, art. 57 (Isambert, *Recueil des anciennes lois françaises*, t. XIV, p. 79). O. mai 1579, art. 153 (Isambert, t. XIV, p. 417). O. janv. 1629, art. 115 (Isambert, *op. cit.*, t. XVI, p. 260). O. avr. 1667, tit. XVII, art. 1 et suiv.

[5] Depuis la promulgation du Code de procédure, la loi du 11 avril 1838 et d'autres lois spéciales ont étendu la procédure sommaire à de nouvelles hypothèses (Voy. *infrà*, §§ **971** et suiv.). M. de Crouseilles a soumis au Sénat, en 1857, une proposition qui tendait à appliquer cette procédure à la plupart des contestations (Voy., sur cette proposition, sur l'émotion qu'elle excita parmi les officiers ministériels, et sur la supplique adressée au Sénat par les avoués des départements, le *Moniteur* du 21 juin 1857 (P. 673) et Coin-Delisle, *De la limite législative des causes sommaires* (Dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. X, 1857, p. 523 et suiv.). Il est vraisemblable que la procédure sommaire finira par devenir le droit commun : la commission de 1866 l'a déjà proposé (Voy. Greffier, *op. cit.*, p. 14 et suiv.; aj. Lavielle, *op. cit.*, p. 4 et suiv. et le projet de 1894 réalise cette innovation (P. 68 et 76). Quant à l'idée, qui a été mise en avant (Voy. t. I, § **37**, note 2), de faire juger les affaires sommaires par un seul juge, le Gouvernement n'a pas cru devoir s'y arrêter, l'extension proposée de la compétence des juges de paix (Voy. t. I, § **46**) devant introduire le jugement par le juge unique dans tous les cas où l'application de ce système est possible et désirable (P. 76). L'Exposé des motifs résume en ces termes les caractères de la nouvelle procédure : « Elle « n'est, en général, autre chose que l'ancienne procédure sommaire généralisée. « quoique les tribunaux conservent le droit de suivre, lorsqu'il sera nécessaire, « des règles un peu moins simples, se rapprochant de la procédure ordinaire. « En même temps les pouvoirs du juge sont élargis : on évite de l'enfermer dans « des principes trop étroits qui pourraient l'entraver dans le but unique qu'il « poursuit, la découverte de la vérité. En ce qui concerne les simplifications pro- « prement dites et la réduction des frais, la suppression de la signification des « jugements d'avant faire droit (sauf au cas de défaut), la suppression de la si- « gnification des procès-verbaux d'enquête et d'expertise doivent amener une « sensible diminution des frais, et concourir ainsi au but général de la réforme

près qu'aujourd'hui tous les citoyens sont égaux devant la loi, et que la condition des personnes n'autorise pas l'usage de formes exceptionnelles de procéder, dûssent-elles être plus pratiques, plus rapides et moins coûteuses[6]. D'ailleurs, il n'est que juste de reconnaître que cette préoccupation avait déjà disparu des ordonnances royales au XVIe siècle, car celle de janvier 1560 prescrivait d'instruire sommairement, sans acception de personnes, « tous différends qui ne « requereront ample connoissance et expédition »[7]. D'autre part, on ne doit pas s'attendre à trouver dans les matières sommaires une procédure de tout point exceptionnelle, et qui n'emprunte rien à la procédure ordinaire : il est de principe, au contraire, que celle-ci forme le droit commun, qu'il y faut toujours recourir lorsqu'il n'y est pas expressément dérogé, et qu'il n'y a d'autres différences entre elle et la procédure sommaire que celles qui résultent des articles 405 et suivants et des textes qui les complètent[8].

§ **961**. De ce principe résultent les sept conséquences suivantes[1]. 1° Le délai de la comparution est le même dans la

« entreprise » (P. 68). Cette idée ne cesse pas non plus de faire des progrès dans les législations étrangères (Voy., sur ce point, les renseignements donnés dans la 1re édition de ce traité, t. II, § **396**, note 5 ; le *Bulletin de la société de législation comparée* et l'*Annuaire de législation étrangère, passim ;* le Code de procédure civile de 1877 pour l'empire d'Allemagne, trad. Glasson, Lederlin et Pierre Dareste, p. 215 et suiv.; et le Code de procédure autrichien de 1895 dont la traduction est actuellement préparée par le Comité de législation étrangère).

[6] Voy., sur ce principe, t. II, § **542**.

[7] Art. 57 (Isambert, *op. cit.*, t. XIV, p. 79).

[8] Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 505.

§ **961**. [1] Il ne s'agit ici que de l'instruction proprement dite, mais les deux procédures se ressemblent encore, au point de vue de la demande en justice et des formalités qui la précèdent, en ce que : 1° la demande en justice se forme par une assignation que l'article 405 appelle à tort une citation, car elle est soumise aux formalités ordinaires des ajournements (Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 596) ; 2° le préliminaire de conciliation est obligatoire en matière sommaire comme en matière ordinaire. Si les appels de juges de paix et les demandes qui requièrent célérité sont des matières à la fois sommaires et dispensées du préliminaire de conciliation, ces deux règles sont indépendantes l'une de l'autre : la dispense de conciliation tient, pour les appels de juges de paix, à ce que la conciliation n'est jamais tentée qu'au début d'une instance (Voy. t. II, § **615**), et, pour les demandes qui requièrent célérité, à leur caractère d'urgence (Voy. t. II, § **623**); mais une affaire qui ne serait ni un appel de juge de paix ni une demande urgente serait sujette à conciliation, quand même elle devrait s'instruire dans la forme sommaire (Bioche, *op.*

procédure ordinaire et dans la procédure sommaire[2]; il arrivera souvent que, l'affaire requérant célérité, le président du tribunal aura permis d'assigner à bref délai[3]; mais cela ne tiendra qu'à l'urgence et nullement au caractère sommaire de la procédure, et, dans une affaire sommaire qui ne serait pas urgente, le défendeur aura, comme en matière ordinaire, huit jours francs pour comparaître[4]. 2° La comparution consiste, suivant le droit commun[5], dans la constitution d'avoué[6] faite avant l'expiration des huit jours francs ou même à l'audience, suivant que l'assignation a été donnée au délai ordinaire ou à bref délai[7]. 3° Les affaires sommaires s'engagent contradictoirement, comme les affaires ordinaires, par des conclusions prises à l'audience ou préalablement signifiées[8]. 4° Le droit d'y plaider est réservé, en principe, aux avocats : les avoués ne peuvent plaider, aux termes de l'ordonnance du 27 février 1822[9], que les incidents de nature à être jugés sommairement, et non point les affaires sommaires qui se présentent d'une manière principale[10]. 5° L'ins-

cit., v° *Matières sommaires*, n° 40; Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1477; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*; Bonnier, *op. cit.*, n° 841).

[2] Voy., sur ce délai, t. II, § **672**.

[3] Voy., sur les assignations à bref délai, t. II, *ib.*

[4] Art. 405. « Les délais de la citation échus », c'est-à-dire à l'expiration des délais ordinaires (Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*). Voy., sur le mot *citation*, *suprà*, note 1.

[5] Voy. t. II, § **672**.

[6] L'ordonnance d'avril 1667 dispensait de constituer procureur en matière sommaire (Tit. XVII, art. 6), mais, en fait, on n'usait presque jamais de cette faculté (Rodier, *op. cit.*, p. 235). Il n'y a pas de texte qui rende aujourd'hui le ministère des avoués facultatif en matière sommaire (Voy., sur le caractère obligatoire de ce ministère, t. I, § **217**).

[7] Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 81 et suiv.

[8] D. 30 mars 1808, art. 33, 70 et 71. Ce décret ne distingue aucunement, quant aux conclusions, les matières sommaires des matières ordinaires, et on verra au § **981** quelle conséquence la jurisprudence en a tirée pour la taxe des affaires sommaires. La cour de cassation a jugé, le 13 mars 1878, que les conclusions n'ont pas besoin d'être signifiées trois jours d'avance en matière sommaire (D. P. 79. 1. 38), mais cela n'est pas spécial aux affaires sommaires, et la même tolérance est admise en matière ordinaire (Voy. t. II, § **681**).

[9] Art. 5.

[10] Excepté, bien entendu, dans les sièges qui ne possèdent pas assez d'avocats pour assurer le service des audiences; mais, dans ce cas, les avoués auraient aussi le droit de plaider les affaires ordinaires (Voy., sur ces divers points, t. I, § **218**). Les affaires relatives aux droits de timbre et d'enregistrement s'instruisent sommairement et se jugent sans plaidoiries; mais ces deux règles ne dépendent pas absolument l'une de l'autre (Voy. t. I, § **218**, et *infrà*, § **983**).

cription de faux et la demande en vérification d'écriture, qui surgissent en matière sommaire, s'instruisent quand même dans la forme ordinaire[11]. Les précautions prises pour que la sincérité d'un titre écrit ne soit pas légèrement contestée, sa fausseté trop facilement établie, et le faux en écriture publique ou privée trop aisément soustrait aux poursuites du ministère public : toutes ces mesures sont également utiles, que l'affaire soit simple ou compliquée, l'intérêt médiocre ou élevé, la solution urgente ou susceptible d'être différée sans inconvénient[12]. 6° La communication du dossier au ministère public, et les conclusions données à l'audience par le magistrat de service, sont indépendantes de la forme dans laquelle l'affaire est instruite, et il importe peu qu'elle soit sommaire, du moment qu'elle figure parmi les causes énumérées aux §§ **202** et suivants[13]. 7° Le tribunal peut ordonner toutes les mesures qu'il juge propres à mieux asseoir son jugement, et mettre l'affaire sommaire en délibéré simple ou même en délibéré sur rapport[14].

§ **962**. Les particularités de la procédure sommaire se ramènent à cinq : 1° la suppression de toutes les formalités qui ne sont pas essentielles pour le bon ordre et l'exacte distribution de la justice; 2° les mesures d'ordre intérieur qui permettront d'accélérer la marche de la procédure et d'arriver plus vite au jugement; 3° la simplification des demandes incidentes; 4° la publicité de l'enquête; 5° l'application d'un tarif spécial dont il sera parlé au § **981**, tarif suffisamment rémunératoire pour les avoués, et moins onéreux pour les justiciables que les allocations du tarif ordinaire. La dispense du préliminaire de conciliation et l'assignation à bref délai dans

[11] Barthe, *Discours à la Chambre des pairs*, séance du 7 mars 1838 (*Moniteur* du 8, p. 509). Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 75 et suiv.

[12] Voy., sur ces deux procédures, t. II, §§ **797** et suiv.

[13] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 41. Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 85. Si cela pouvait faire doute, l'article 795 fournirait, en ce sens, un argument péremptoire : « La « cause (il s'agit de la demande en nullité d'emprisonnement pour dettes, en « supposant que la contrainte par corps puisse encore s'exercer) sera jugée som- « mairement sur les conclusions du ministère public ». Voy., sur le mode de communication et sur la forme des conclusions du ministère public, t. I, § **201**, et t. II, § **688** ; et, sur l'article 795, le tome VI.

[14] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 45. *Contrà*, Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1478 *bis*. Voy., sur le délibéré simple ou sur rapport, t. II, § **689**.

les affaires qui sont sommaires parce qu'elles requièrent célérité, et les plaidoiries des avoués dans les affaires sommaires qui sont en même temps des demandes incidentes[1], complètent le tableau et achèvent la description de cette procédure.

§ **963**. A. « Les matières sommaires seront jugées à l'au-« dience sur un simple acte, sans autres procédures ni « formalités ». L'article 405 exclut ainsi l'échange, avant l'audience, des défenses dont la signification est purement facultative dans la procédure ordinaire[1], mais interdite en matière sommaire, tant par esprit d'économie que pour supprimer les délais qu'elle exige[2] et pour activer la marche du procès[3]. L'article 405 retranche-t-il aussi de la procédure sommaire l'avenir ou sommation d'audience, indispensable en matière ordinaire pour que l'affaire vienne à l'audience, et pour qu'on soit tenu d'y prendre des conclusions contradictoires[4]? La question est controversée, car les auteurs entendent ici par simple acte : les uns, un avenir signifié par la partie la plus diligente, sans préjudice des conclusions dont il est question au § précédent[5]; les autres, ces conclusions mêmes qui tiendraient lieu d'un avenir et le rendraient, par conséquent, frustratoire[6]. On invoque, à l'appui de cette manière de voir : 1° le décret du 30 mars 1808, aux termes duquel les affaires sommaires seront appelées à l'audience « sur simples mé-« moires », c'est-à-dire sur simples conclusions[7]; 2° l'article 337 où *simple acte* ne signifie qu'un acte contenant les « moyens et conclusions »[8]. Ces arguments ne me paraissent pas fondés, car l'article 66 du décret du 30 mars 1808 n'a pas trait à toutes les affaires sommaires, mais seulement à celles

§ **962**. [1] Voy., sur ces trois points, le § précédent.

§ **963**. [1] Voy. t. II, § **678**.
[2] Voy. t. II, *ib.*
[3] Aucune des parties n'est, par conséquent, admise à prétendre qu'elle ait le droit de ne pas être sommée d'audience avant l'expiration des délais fixés par les articles 77 à 79 (Req. 13 mars 1878; D. P. 79. 1. 38).
[4] Voy., sur cette formalité, t. II, § **679**.
[5] Carré, *op. cit.*, t. III, p. 486, note 1.
[6] Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 82 et suiv.
[7] Art. 66. Voy. *infrà*, même §.
[8] Voy. *suprà*, § **925**.

qui requièrent célérité[9], et l'article **337** ne vise que les demandes incidentes, qui, formées entre parties déjà en présence, se produisent — cela se conçoit — plus simplement que des demandes introductives d'instance[10]. Je crois qu'il faut distinguer suivant que l'assignation a été donnée à jour fixe (le 1er juillet) ou seulement dans le délai de la loi (huit jours francs)[11]. Dans le premier cas, l'avenir est inutile, car il n'apprendrait rien au demandeur ni au défendeur, qui savent par l'ajournement donné par l'un et reçu par l'autre quand leur cause sera appelée, et, partant, quel jour ils doivent se présenter à l'audience. Dans le second cas, l'avenir est indispensable, car l'ajournement indique seulement le délai fixé par la loi, et non pas le jour où les parties doivent se présenter pour conclure[12]. Les affaires sommaires qui requièrent célérité restent en dehors de cette distinction, et sont jugées sur simples mémoires, c'est-à-dire sans avenir[13].

§ **964**. B. Les affaires sommaires sont dispensées du tour de rôle[1], c'est-à-dire jugées, dès qu'elles sont prêtes, à l'audience pour laquelle assignation est donnée, ou à celle où les parties ou l'une d'entre elles se présentent pour conclure[2]. Cela résulte de l'article **24** du décret du **30** mars **1808**, qui prescrit de consacrer une heure au commencement de chaque audience à l'expédition des affaires sommaires, qu'elles requièrent ou non célérité[3]. La plupart des tribunaux ne suivent pas cette prescription à la lettre, et préfèrent dispenser toutes ces affaires du rôle, sauf à les remettre à une autre audience sur la demande des parties qui ne sont pas prêtes à conclure ou à plaider, ou d'office si le jugement d'une affaire sommaire doit usurper le temps réservé aux affaires

[9] Voy. *infrà*, § **975**.
[10] Voy. *suprà*, § **925**.
[11] Voy., sur cette distinction, t. II, § **654**.
[12] Sous l'ordonnance d'avril 1667, les affaires sommaires comportaient toujours un avenir (Tit. XVII, art. 7; voy. l'explication qu'en donne Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 84, note 1).
[13] D. 30 mars 1808, art. 66. Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 83.

§ **964**. [1] Voy., sur le rôle, t. II, §§ **673** et **680**.
[2] Si l'une d'elles seulement se présente, le jugement est rendu par défaut faute de conclure (Voy. le tome VI).
[3] Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 83.

du rôle qui doivent venir à la même audience. Les affaires sommaires peuvent même se remettre plusieurs fois, mais toujours à jour fixe[4]. Celles qui requièrent célérité sont l'objet de mesures exceptionnelles : 1° elles doivent être jugées à l'audience où elles sont appelées; 2° le tribunal n'en doit accorder la remise que « par considération extraordinaire », et, au jour indiqué, il n'en peut être accordé de nouvelle[5]. D'autre part, les vacances judiciaires[6] n'arrêtent pas l'expédition des affaires sommaires, même de celles qui ne requièrent pas célérité; la chambre des vacations est chargée d'y statuer[7].

§ **965**. C. La procédure des demandes incidentes et en intervention[1] est réduite au strict nécessaire : 1° elles sont formées par un acte d'avoué à avoué, dans la rédaction duquel tout développement inutile est interdit; il ne doit contenir que des conclusions motivées et non grossoyées[2], et, s'il s'agit d'intervention, les nom, profession et domicile de l'intervenant[3]; 2° le défendeur à l'incident n'y répond pas par écrit, mais seulement à l'audience et par l'organe de son avocat ou de son avoué : ce n'est pas l'article 406 qui le dit, mais cela résulte *à fortiori* de l'article 405 précédemment expliqué, car, si le défendeur n'a pas le droit de répondre par écrit à la demande principale[4], il peut encore moins recourir à cette forme coûteuse et compliquée lorsqu'il s'agit seulement d'une demande incidente[5].

[4] Bourbeau, *op. et loc. cit.*
[5] D. 30 mars 1808, art. 66. Bourbeau, *op. et loc. cit.*
[6] Voy., sur les vacances des cours et tribunaux, t. I, § **35**.
[7] D. 30 mars 1808, art. 44. Voy., sur les chambres de vacations et sur leur compétence, t. I, *ib.* Je rappelle qu'elles ne sont incompétentes que *ratione personæ* à l'égard des affaires qui ne sont pas sommaires (Voy. t. I, *ib.*, note 10).

§ **965**. [1] Voy., sur la différence qui existe entre ces deux sortes de demandes, *suprà*, §§ **926** et **937**.
[2] Bonnier, *op. cit.*, n° 842. Comment répond-on à ces demandes dans la procédure ordinaire? Voy., sur ce point, *suprà*, *ib.*
[3] Art. 406. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 47. Bonnier, *op. et loc. cit.* Ces auteurs ajoutent (*Ib.*) que la requête d'intervention doit contenir constitution d'avoué, mais le fait seul de la faire signifier par un avoué indique qu'on l'a constitué (Voy. *suprà*, § **929**).
[4] Voy. *suprà*, § **963**.
[5] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 48. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1479. Chambéry, 13 mai 1896 (S. 97. 2. 110). *Contrà*, Carré, *op. et loc. cit.*

§ **966**. D. L'enquête sommaire reproduit dans ses parties essentielles la procédure tracée aux §§ **842** et suivants pour l'audition des témoins en matière ordinaire : si désirable qu'il soit de hâter le jugement et d'en réduire les frais, il y a des nécessités matérielles qui s'imposent, des règles de fond qui sont indépendantes des formes de procéder, et des garanties dont il serait inique ou imprudent d'enlever le bénéfice aux parties ou aux témoins. On retrouve donc dans l'enquête sommaire : 1° *a*) l'assignation donnée aux témoins[1]; *b*) le délai, avec augmentation de distance, auquel ils ont droit pour comparaître[2], et dont il faut tenir compte en fixant le jour et l'heure où ils seront entendus[3]; *c*) en cas d'empêchement, la faculté de les faire entendre par le tribunal de première instance ou par le juge de paix de leur résidence pourvus, à cet effet, d'une commission rogatoire[4]; 2° *a*) les mêmes incapacités et reproches qu'en matière ordinaire[5]; *b*) la faculté d'entendre les témoins âgés de moins de quinze ans révolus[6]; *c*) la défense de faire entendre aux frais de l'adversaire, s'il succombe, plus de cinq témoins sur un même fait[7]; 3° *a*) la signification au défendeur à l'enquête des noms des témoins qui doivent être entendus contre lui[8]; *b*) un avertissement qui, dans une

§ **966**. [1] Civ. cass. 25 juin 1839 (D. A. v° *Enquête*, n° 613). Voy., sur les formes de cette assignation, *suprà*, § **839**.

[2] L'article 408 ne reproduit de l'article 260 (Voy. *suprà*, *ib.*) que le délai minimum d'un jour franc (Voy. cep. Metz, 25 févr. 1814; D. A. *v° cit.*, n° 602); mais il faut certainement y ajouter, suivant le droit commun (Voy. t. II, § **522**), l'augmentation d'un jour par cinq myriamètres (Bioche, *op. cit.*, v° *Enquête*, n°s 585 et 587; Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1482; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*).

[3] Sous cette réserve, c'est-à-dire à condition de ne pas indiquer un jour où les témoins ne pourraient pas encore comparaître, le tribunal est libre de fixer pour le mieux le moment de leur comparution (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 563; req. 9 mars 1819, D. A. *v° cit.*, n° 639). Cette indication est-elle requise à peine de nullité? Voy., pour l'affirmative, civ. cass. 25 avr. 1876 (D. P. 76. 1. 256); pour la négative, req. 7 oct. 1813 et 29 déc. 1826 (D. A. *v° cit.*, n° 596).

[4] Cette mesure ne peut être prise, à peine de nullité, qu'en cas d'absolue nécessité (Civ. cass. 4 juill. 1893, D. P. 94. 1. 37, S. 93. 1. 375; comp. *suprà*, § **843**).

[5] Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1486 *ter*. Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 9. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 601. Nîmes, 1er juin 1819 (D. A. *v° cit.*, n° 609). L'article 413 dit qu'on observera dans l'enquête sommaire « la prohibition d'entendre les conjoints des parties, les parents et alliés « en ligne directe, les reproches par la partie présente » (Voy., sur les incapacités et sur les reproches, et sur l'ensemble de cette théorie, *suprà*, §§ **828** et suiv.).

[6] Voy. *suprà*, § **829**.

[7] Voy. *suprà*, § **828**.

[8] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 582 et 586. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1486 *bis*. Trèves, 6 juin 1812; Bruxelles, 6 juin 1815; Metz, 9 août 1823;

forme quelconque — assignation, sommation, signification du jugement d'enquête ou des noms des témoins — fasse connaître au défendeur à l'enquête, pour qu'il puisse y assister, les jour et heure où ils seront entendus[9]; *c*) les peines portées contre les témoins qui font défaut[10]; *d*) l'interpellation adressée aux témoins de déclarer leurs nom, prénoms, profession, âge et demeure, et s'ils sont parents, alliés ou serviteurs d'une partie[11]; *e*) leur serment[12]; *f*) l'obligation pour le tribunal de les entendre séparément[13]; *g*) la taxe qui les indemnise de leurs frais de déplacement et du temps qu'ils ont perdu[14]. Il y a même des formalités que la loi prescrit

civ. rej. 30 déc. 1828 (D. A. *v° cit.*, n° 605). Bruxelles, 18 avr. 1831 (D. A. *v° cit.*, n° 368). Limoges, 22 juill. 1837 (D. A. *v° cit.*, n° 606). *Contrà*, Metz, 25 févr. 1814 (D. A. *v° cit.*, n° 602); Rouen, 28 févr. 1815, Liège, 15 janv. 1816 (D. A. *v° cit.*, n° 603). Voy., sur cette formalité, *suprà*, § **841**. Où doit-on faire cette signification en matière sommaire? Voy. Montpellier, 20 juin 1814, Riom, 14 août 1818 (D. A. *v° cit.*, n° 607); Limoges, 22 juill. 1837 (D. A. *v° cit.*, n° 606).

[9] Les articles 407 et suivants ne reproduisent pas l'article 261, qui prescrit, à peine de nullité, d'assigner le défendeur à l'enquête à l'effet de s'y présenter (Voy., sur ce point, *suprà*, § **839**). Je ne crois donc pas que cette assignation soit requise à peine de nullité en matière sommaire (Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 95 et suiv., Bruxelles, 6 juin 1815, D. A. *v° cit.*, n° 605; comp. Agen, 26 août 1829, D. A. *v° cit.*, n° 604, Limoges, 22 juill. 1837, D. A. *v° cit.*, n° 606), ni que le jugement qui ordonne l'enquête ait besoin d'être signifié, excepté dans le cas où il serait rendu par défaut (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 564; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1481 *bis*; Bonnier, *op. cit.*, n° 846; Turin, 18 nov. 1807, Paris, 10 juin 1812, D. A. *v° cit.*, n° 638; Bruxelles, 16 oct. 1822, civ. cass. 22 déc. 1840, D. A. *v° cit.*, n° 599; *contrà*, Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, n°s 93 et suiv.; Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 503; Bruxelles, 5 févr. 1818, D. A. *v° et loc. cit.*; Pau, 2 juill. 1829 et 15 avr. 1835, D. A. *v° cit.*, n° 639); mais il faut évidemment que le défendeur à l'enquête, qui a le droit d'y assister, soit prévenu du jour et de l'heure où les témoins seront entendus. Une sommation suffira, on pourra même — et ce sera le plus pratique — indiquer ce jour et cette heure dans l'acte même par lequel on signifie les noms des témoins, mais ce minimum de formalités est requis à peine de nullité (Bonnier, *op. cit.*, n° 849). Quant au droit pour le défendeur d'assister à l'enquête, il va de soi, car, s'il existe en matière ordinaire où l'enquête est secrète, à plus forte raison se retrouve-t-il en matière sommaire où l'enquête est publique (Voy., sur ce point, le § suivant).

[10] Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 97. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Comp. *suprà*, § **833**.

[11] Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 98. Req. 9 déc. 1889 (D. P. 90. 1. 111). Comp. *suprà*, § **843**.

[12] Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 504. Civ. cass. 21 avr. 1891 (S. 91. 1. 260). Civ. cass. 21 mars 1893 (D. P. 93. 1. 384; S. 93. 1. 176). Civ. cass. 5 juill. 1893 (D. P. 93. 5. 532; S. 93. 1. 344). Et la mention qui doit en être faite au procès-verbal ou dans le jugement suivant la distinction indiquée *infrà*, § **970** (Voy. l'arrêt précité du 21 avr. 1891; comp. *suprà*, § **844**).

[13] Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1484 *quater*. A peine de nullité? Voy., pour la négative, Orléans, 22 mars 1820 (D. A. *v° cit.*, n° 25). Comp. *suprà*, §§ **842** et **843**.

[14] Bourbeau, *op. et loc. cit.* Comp. *suprà*, § **833**.

d'observer en matière sommaire et qu'elle eût mieux fait de supprimer, comme la procédure compliquée des reproches[15], et la copie laissée aux témoins du dispositif du jugement qui indique les faits à prouver : ils peuvent s'en servir pour préparer des dispositions mensongères[16], et le Tribunat était dans le vrai en en demandant la suppression[17].

§ **967**. Il existe entre l'enquête ordinaire et l'enquête sommaire quatre différences principales, dont quelques-unes entraînent d'autres différences de détail et de moindre importance[1]. 1° Les faits à prouver ne sont pas nécessairement articulés d'avance[2]; ils peuvent l'être à l'audience, soit verbalement, soit dans des conclusions déjà préparées et déposées sur le bureau du tribunal[3]; par contre, même articulés à l'avance, ils peuvent être contestés à l'audience[4]. 2° L'enquête est publique. 3° On n'est ni tenu de la commencer ni de la finir dans les délais fixés par les articles **257** et **278**. 4° On n'en dresse pas toujours procès-verbal.

§ **968**. *a*. Je n'ai pas à revenir sur les avantages de la publicité en matière d'enquête[1], mais seulement à préciser le sens de ce principe et à en déduire les conséquences. L'enquête publique est celle où les témoignages ne sont pas recueillis par un juge-commissaire, hors la présence du public et du tribunal qui ne les connaît que par le procès-verbal : les témoins déposent à l'audience, le président les interroge, tout le tribunal les entend[2]. C'est ainsi qu'on doit procéder en matière sommaire, à peine de nullité[3] : cette

[15] Voy., sur cette procédure, *suprà*, § **846**.
[16] Bonnier, *op. cit.*, n° 850. Comp. *suprà*, § **836**.
[17] Dans Locré, *op. cit.*, t. XXI, p. 508. Voy., sur tous ces points, art. 407, 408, 412 et 413.

§ **967**. [1] Voy., sur les formes de l'enquête en matière de divorce, le tome VII.
[2] Voy., sur cette règle de l'enquête ordinaire, *suprà*, § **834**.
[3] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 561. Il a été jugé que le tribunal peut faire porter l'enquête sur des faits qui n'ont pas été articulés par les parties (Orléans, 28 août 1823; D. A. *v° cit.*, n° 595), mais cela n'est pas particulier à l'enquête sommaire (Voy. *suprà*, § **836**).
[4] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 562. Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1480. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit. Quid* en matière ordinaire? Voy. *suprà*, § **853**.

§ **968**. [1] Voy., sur ce point, *suprà*, § **854**.
[2] Comp. les procédés de l'enquête ordinaire (*Suprà*, §§ **842** et suiv.).
[3] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 568. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest.

nullité peut être demandée en tout état de cause, même devant la cour de cassation[4], pourvu qu'on ne l'ait pas couverte en assistant à l'enquête à laquelle il aurait été irrégulièrement procédé[5]. Cette règle ne souffre qu'une seule exception : le tribunal qui reçoit commission rogatoire, à l'effet d'entendre un ou plusieurs témoins dans une affaire qui n'est pas de sa juridiction, n'a pas à connaître leurs dépositions qui n'ont aucun intérêt pour lui; aussi ne procède-t-il pas lui-même à leur interrogatoire, et désigne-t-il, à cette fin, un juge-commissaire qui en dresse procès-verbal et l'envoie directement au tribunal compétent[6]. La publicité de l'enquête sommaire entraîne deux conséquences. 1° Le tribunal ne doit juger que sur des dépositions orales et entendues de tous ses membres, ce qui l'oblige à recommencer l'enquête et à rappeler les témoins, quand sa composition change avant le jugement par la nomination d'un juge qui n'a pas assisté à la première audition[7]. 2° Le témoin reproché ne doit pas être entendu[8], car il ne pourrait l'être que par tout le tribunal, et ce serait contraire à l'article 291 qui défend de lire à l'audience les dépositions des témoins dont le reproche est admis, de peur que le tribunal n'en ait connaissance et ne se laisse influencer par elles[9].

1479 *bis*. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 600. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 503, note 1. Bonnier, *op. cit.*, n° 847. Bruxelles, 21 nov. 1814 (D. A. *v° cit.*, n° 21), 5 juill. 1817 (D. A. *v° cit.*, n° 596) et 4 déc. 1819 (D. A. *v° cit.*, n° 21). Civ. cass. 1er août 1832 (D. A. *v° cit.*, n° 24). Bruxelles, 1er juill. 1835 (D. A. *v° cit.*, n° 21). Civ. cass. 23 juin 1863 (D. P. 63. 1. 310). Civ. cass. 7 avr. 1880 (D. P. 80. 1. 215). Civ. cass. 1er déc. 1880 (D. P. 81. 1. 121). Civ. cass. 4 juill. 1893 (D. P. 94. 1. 37; S. 93. 1. 375). *Contrà*, Besançon, 9 déc. 1808 (D. A. *v° et loc. cit.*).

[4] Civ. cass. 1er août 1832 (D. A. *v° cit.*, n° 24). Civ. cass. 23 juin 1863 (D. P. 63. 1. 310). *Contrà*, Bruxelles, 21 nov. 1814 (D. A. *v° cit.*, n° 21), 5 juill. 1817 (D. A. *v° cit.*, n° 596), 4 déc. 1819 et 1er juill. 1835 (D. A. *v° cit.*, n° 21).

[5] Ou en omettant d'appeler en temps utile du jugement qui a prescrit une enquête ordinaire en matière sommaire (Bruxelles, 5 juill. 1817 et 1er juin 1825, D. A. *v° cit.*, n° 596; civ. rej. 27 mai 1839, D. A. *v° cit.*, n° 26).

[6] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 579. Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1486. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 106. Dans ce cas, la rédaction d'un procès-verbal est requise à peine de nullité, quand même la contestation devrait être jugée en dernier ressort (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 57). Je reviendrai sur cette observation au § suivant, note 2 (Voy., sur la rédaction et sur la signification de ce procès-verbal, Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 578 et 580; Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 104 et 108; Bruxelles, 11 avr. 1822, D. A. *v° cit.*, n° 632).

[7] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 570. Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1481. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*

[8] Il en est autrement en matière ordinaire (Voy. *suprà*, § **846**).

[9] Art. 406. Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 98 et suiv. Rodière, *op. cit.*, t. I, p.

§ **969**. *b*. Les articles 406 et suivants ne reproduisent pas les dispositions relatives aux délais dans lesquels l'enquête ordinaire doit être commencée et terminée[1]; l'observation de ces délais serait, d'ailleurs, incompatible avec les formes libres de l'enquête sommaire[2]. Le tribunal ne doit pas entendre que des témoins capables et exempts de reproche[3], mais il les entend comme il veut et dans les conditions qu'il juge les meilleures pour faire prompte et bonne justice : il fixe lui-même le jour où les témoins seront entendus[4]; si les parties demandent un jour plus éloigné, il a un pouvoir discrétionnaire pour accueillir leur demande ou pour la rejeter[5];

504. Bonnier, *op. cit.*, n° 851. Bruxelles, 15 avr. 1816 (D. A. *v° cit.*, n° 610). Req. 2 juill. 1835 (D. A. *v° cit.*, n° 660). Civ. cass. 25 juin 1839 (D. A. *v° cit.*, n° 613). Civ. cass. 24 janv. 1853 (D. P. 53. 1. 31). Angers, 17 avr. 1856 (D. P. 56. 5. 177). On objecte cependant que, si le jugement est rendu en premier ressort, il est utile de recevoir la déposition du témoin reproché, en vue du cas où il serait matériellement impossible de l'entendre en appel après que le reproche élevé contre lui aurait été définitivement écarté (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 576; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1486 *quater;* Bruxelles, 24 mai 1816, Metz, 30 avr. 1825, Bruxelles, 18 mars et 16 juin 1832, D. A. *v° cit.*, n° 611); mais il vaut mieux, je crois, risquer cette complication que d'entendre à l'audience un témoin qui serait justement reproché, et dont la déposition aurait peut-être, malgré cela, une influence décisive sur l'opinion du tribunal (Voy. notamment, sur ce point, Bonnier, *op. et loc. cit.*).

§ **969**. [1] Voy., sur ces délais, *suprà*, §§ **840** et **848**.

[2] Req. 9 mars 1819 (D. A. *v° cit.*, n° 639). Bruxelles, 2 juill. 1834 (D. A. *v° cit.*, n° 598). Civ. rej. 23 juill. 1860 (D. P. 60. 1. 332).

[3] Voy., sur ce point, *suprà*, même §.

[4] En matière ordinaire, c'est le juge-commissaire qui le fixe (Voy. *suprà*, § **838**). *Quid* en matière sommaire, si le tribunal ne l'a pas fait? Voy. civ. cass. 22 déc. 1840 (D. A. *v° cit.*, n° 599). *Quid*, s'il a donné commission rogatoire soit à un juge de paix soit à un autre tribunal? Voy. Bruxelles, 9 oct. 1821 (D. A. *v° cit.*, n° 598).

[5] Bruxelles, 18 avr. 1831 (D. A. *v° cit.*, n° 368), 6 nov. 1833 (D. A. *v° cit.*, n° 640) et 22 janv. 1834 (D. A. *v° cit.*, n° 550). La demande de prorogation peut être faite non-seulement avant l'audience, mais encore à l'audience même où les témoins doivent être entendus (*Observations du Tribunal*, dans Locré, *op. et loc. cit.;* Bioche, *op. et v° cit.*, n° 571; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1484; Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 92; Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 505; Bruxelles, 16 janv. et 6 mai 1813, D. A. *v° cit.*, n° 638; Riom, 6 avr. 1827, Bruxelles, 2 juill. 1829, D. A. *v° cit.*, n° 639; Bruxelles, 26 mars 1834, D. A. *v° cit.*, n° 638; Bruxelles, 1er janv. 1835, D. A. *v° cit.*, n° 639; Limoges, 22 juill. 1837, Liège, 16 nov. 1838, D. A. *v° cit.*, n° 638; *contrà*, Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1483; Turin, 18 nov. 1807, Paris, 10 juin 1812, Lyon, 3 et 30 août 1825, Toulouse, 29 juill. 1828, Bruxelles, 24 mars 1835, D. A. *v° et loc. cit.*). Je crois même que les parties pourraient demander la prorogation de l'enquête après le jour indiqué pour y procéder, car, si le tribunal peut rouvrir l'enquête d'office (Voy. la suite de ce §), il le peut aussi à la demande des parties (Bruxelles, 6 mai 1813, D. A. *v° cit.*, n° 638; Riom, 6 avr. 1827, Bruxelles, 2 juill. 1829 et 15 avr. 1835, D. A. *v° cit.*, n° 639; *contrà*, Toulouse, 29 juill. 1828, D. A. *v° cit.*, n° 638, Gand,

il peut même rouvrir l'enquête d'office, si cette mesure lui paraît susceptible d'amener une manifestation plus complète de la vérité[6].

§ **970**. *c*. Il n'y a pas d'enquête ordinaire sans un procès-verbal détaillé qui reproduise, pour le tribunal qui les ignore, tous les incidents qui se sont passés dans le cabinet du juge-commissaire : le serment des témoins, déclarations relatives à leur situation personnelle à l'égard des parties, toutes les questions qui leur ont été adressées, toutes les réponses qu'ils y ont faites[1]. Ces formalités minutieuses ne peuvent servir, en matière sommaire, qu'à une seule fin : consigner par écrit le résultat de l'enquête en vue d'un appel possible, et pour ne pas mettre la cour dans la nécessité de la recommencer. Si donc l'affaire est jugée en dernier ressort, on se bornera, sans dresser procès-verbal[2], à reproduire dans le jugement les noms des témoins, leur serment[3], leurs déclarations relativement à leur âge, profession et demeure, s'ils sont parents ou serviteurs des parties[4], et « le résultat de

9 avr. 1887, D. P. 89. 2. 86). Voy., sur la forme de la demande de prorogation, Besançon, 4 mai 1808 (D. A. *v° cit.*, n° 385), sur la signification du jugement qui l'ordonne, Bruxelles, 16 oct. 1823 (D. A. *v° cit.*, n° 640), et sur les prorogations d'enquête en matière ordinaire, *suprà*, § **848**.

[6] Bruxelles, 6 mai 1813 (D. A. *v° cit.*, n° 638). Agen, 26 août 1829 (D. A. *v° cit.*, n° 604). Limoges, 22 juill. 1837 (D. A. *v° cit.*, n° 606). Voy., sur la réouverture de l'enquête ordinaire, *suprà*, § **852**.

§ **970**. [1] Voy., sur ce procès-verbal, *suprà*, § **847**.

[2] On a vu au § précédent, note 6, que, par exception, le magistrat qui préside, en vertu d'une commission rogatoire, à l'enquête faite en vue d'un procès pendant devant un autre tribunal, doit en dresser procès-verbal. Sans cela, il serait impossible à ce tribunal de se faire une idée des résultats de cette enquête, et d'en tirer le moindre parti pour asseoir son jugement. Rien ne s'oppose, du reste, à ce que le procès-verbal dressé dans ce cas, sans que la loi l'ait exigé, fasse foi des faits qui y sont relatés (Req. 29 mai 1894; D. P. 94. 1. 555).

[3] L'article 410 n'exige pas cette mention, mais il semble que les dépositions consignées au jugement n'aient pas de valeur si elles n'ont été faites sous la foi du serment, et que le jugement qui les relate doive indiquer l'accomplissement de cette solennité indispensable (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 572; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1484 *bis;* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 601; *contrà*, Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 503; Bonnier, *op. cit.*, n° 852). Toutefois, il faut convenir que, si l'observation de l'article 410 n'est pas requise à peine de nullité (Voy., à cet égard, la suite de ce §), ce manque de sanction ôte beaucoup de son intérêt à la solution de cette difficulté.

[4] Bioche, *op.*, *v° et loc. cit.* Chauveau, sur Carré. *op. et loc. cit.* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit. Contrà*, Rodière, *op. et loc. cit.;* Bonnier, *op. et loc. cit.* Je ne puis que reproduire ici l'observation que j'ai faite à la note précédente.

« leurs dépositions », c'est-à-dire l'ensemble des faits qui s'en dégagent, et non pas l'analyse détaillée de chacune d'elles[5]. Et encore ces indications, déjà très sommaires, ne sont-elles pas requises à peine de nullité, car tout ce qu'il faut, en somme, c'est que le jugement soit motivé[6], et, s'il l'est suffisamment par ailleurs, le silence qu'il garde sur l'enquête ne saurait l'empêcher d'être valable[7]. S'il est, au contraire, en premier ressort, un procès-verbal détaillé[8] doit contenir, à peine de nullité[9], les indications nécessaires pour qu'on puisse utiliser l'enquête en appel : les nom, prénoms, âge et profession des témoins, leur serment[10], leurs relations de parenté ou de domesticité avec les parties[11], les reproches

[5] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 573. Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1484. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. et loc. cit.*

[6] Voy. *infrà*, §§ **1114** et suiv.

[7] Req. 18 avr. 1810 (D. A. *v° cit.*, n° 617). Req. 15 févr. 1832 (D. A. v° *Jugement*, n° 1045). Civ. rej. 21 mai et 30 juill. 1833 (D. A. v° *Enquête*, *loc. cit.*). *Contrà*, Bioche, *op.*, *v° et loc. cit.*; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1484 *ter*; Bonnier, *op. et loc. cit.* Seulement, les faits énoncés au jugement comme résultant de l'enquête dont il n'a pas été dressé procès-verbal ne sont pas à considérer comme légalement établis, et un tribunal ne peut, sur le renvoi en cassation prononcé dans la même affaire, en faire état dans son jugement (Civ. cass. 17 nov. 1896; D. P. 97. 1. 129, voy. *ib.* la note de M. Jean Appleton).

[8] L'article 410, à la différence de l'article 432, sur l'enquête en matière commerciale (Voy. *infrà*, § **1037**), n'exige pas que ce procès-verbal soit signé des témoins (Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1484 *sexies*; Bonnier, *op. et loc. cit.*). Il n'y a lieu de le signifier que dans le cas où l'enquête a eu lieu, par suite de commission rogatoire, devant un magistrat étranger au tribunal (Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Besançon, 18 juin 1818, D. A. *v° cit.*, n° 641).

[9] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 574. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1484 *quinquies*. Rodière, *op. et loc. cit.* Bordeaux, 9 juill. 1839 (D. A. *v° cit.*, n° 626). Nancy, 17 juill. 1839 (D. A. v° *Degrés de juridiction*, n° 233). Civ. cass. 3 juin 1845 (D. P. 45. 1. 245). Aix, 20 juin 1873 (D. P. 74. 5. 191). *Contrà*, Bordeaux, 6 mai 1831 (D. A. *v° et loc. cit.*); req. 27 avr. 1840 (D. A. *v° cit.*, n° 628). La cour de Caen a jugé, le 3 mai 1870, qu'au cas où le procès-verbal ne serait pas représenté, la mention de l'enquête dans le jugement en ferait légalement présumer l'existence (D. P. 71. 2. 213). D'autre part, la cour, à laquelle ce procès-verbal ne serait pas représenté, ne serait nullement tenue de procéder à une nouvelle enquête, et aurait le droit de juger d'après les autres éléments de conviction que la cause lui paraitrait fournir (Req. 27 avr. 1840, D. A. *v° et loc. cit.*; req. 2 avr. 1845, D. P. 45. 1. 244; Aix, 20 juin 1873, D. P. 74. 5. 191; Pau, 2 mars 1895, D. P. 95. 2. 383; et le tribunal lui-même pourrait accueillir comme simples indices, et en tenir compte à ce titre, les dépositions faites par-devant lui (Req. 11 juin 1884, D. P. 84. 1. 320; civ. cass. 26 juin 1889, D. P. 90. 1. 135).

[10] Civ. cass. 23 déc. 1874 (D. P. 75. 1. 80). Civ. cass. 28 déc. 1897 (S. 98. 1. 176). L'article 411 est formel sur ce point, et la cour de Besançon est tombée dans l'erreur en considérant cette indication comme surabondante (18 juin 1818; D. A. v° *Matières sommaires*, n° 65; comp. *suprà*, § **966**, note 12).

[11] Art. 411. C'est encore à tort que la cour de Trèves a jugé que cette indication n'est pas indispensable (28 avr. 1813; D. A. v° *Enquête*, n° 619).

élevés contre eux; enfin, pour que la cour puisse apprécier la valeur de chaque témoignage tant en lui-même que par comparaison avec les autres, ce procès-verbal relate « les « dépositions des témoins », ce qui signifie, dans ce cas, l'analyse distincte de chacune d'elles[12].

§ **971**. La loi ne laisse ni aux parties ni même au tribunal le droit de choisir entre la procédure ordinaire et la procédure sommaire : c'est elle qui, guidée par un des motifs indiqués au § **960**, prescrit l'usage de la procédure sommaire, et détermine par voie d'énumération limitative les cas où il sera à la fois permis et ordonné d'y recourir[1]; et, comme l'ordre des procédures est, jusqu'à un certain point, une matière d'ordre public où les conventions privées ne peuvent rien[2], le tribunal n'a pas plus le droit d'imposer la forme sommaire aux parties quand la loi ne l'a pas prescrite, que de leur en interdire l'usage dans le cas contraire[3], et ni le demandeur, ni le défendeur, ni les deux parties d'un commun accord ne peuvent régler contrairement à la loi le mode d'instruction de leur affaire et la manière de la taxer[4]. Tout ce qu'elles peuvent se permettre, c'est de

[12] Art. 410 et 411. Arg. art. 39, sur l'enquête dans les procès de la compétence des juges de paix en premier ressort (Voy. *infrà*, § **992**). Bioche, *op. et v° cit.*, n° 575. Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1485. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 102. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. et loc. cit.*

§ **971**. [1] Dans le doute, c'est la procédure ordinaire qu'il faut suivre (Bioche, *op. cit.*, v° *Matières sommaires*, n° 37; Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 9). Une circulaire ministérielle, du 21 octobre 1820, invite les tribunaux à indiquer dans chaque jugement la procédure qui a été suivie (Gillet et Demoly, *Analyse des circulaires, etc... émanées de la chancellerie*, t. I, n° 1455), mais cette recommandation n'est pas toujours observée, ce qui ne laisse pas que d'offrir quelque difficulté pour le juge taxateur (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 38).

[2] Bioche, *op. cit.*, v° *Matières sommaires*, n° 39. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1478 *ter*. Comp. t. II, § **495**, et, sur les matières d'ordre public en général, t. I, § **198**.

[3] Civ. cass. 29 janv. 1877 (D. P. 78. 1. 149). *Contrà*, civ. rej. 22 janv. 1828 (D. A. v° *Matières sommaires*, n° 14). L'arrêt du 29 janvier 1877 décide qu'un pareil jugement donnera ouverture au pourvoi en cassation, et ne pourra être ni attaqué par la voie d'opposition à la taxe qui n'est admise que contre les décisions du juge taxateur (Voy. *infrà*, § **1207**), ni réformé par les juges qui ont rendu ce jugement et sont, par conséquent, dessaisis (Voy. *infrà*, *ib.*).

[4] Bioche, *op.*, *v° et loc. cit.* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 111 et 112. Bruxelles, 24 juill. 1818 (D. A. v° *Enquête*, n° 632). C. cass. de Belgique, 5 avr. 1892 (D. P. 94. 2. 245; voy. la note *ib.*; S. 92. 4. 21).

supprimer *ipso facto* quelques formalités de la procédure ordinaire, en renonçant, par exemple, à signifier des défenses ou à y répondre[5], ou en exécutant volontairement, de manière à en couvrir la nullité, le jugement qui aurait ordonné d'assigner les témoins à l'audience[6]. La défense de procéder sommairement dans une affaire ordinaire n'est pas telle que les parties soient tenues d'observer des formalités qui n'ont rien d'essentiel, je dirais volontiers d'utile, ou que les juges soient astreints à prononcer d'office une nullité dont les parties ne se seraient pas prévalues[7]; mais ces circonstances n'influent en rien sur l'application du tarif, et l'affaire est taxée quand même comme affaire ordinaire[8]. Aux termes de l'article 404, complété par la loi du 11 avril 1838[9], quatre classes d'affaires sont jugées et taxées sommairement[10].

§ **972**. 1° Les appels de juges de paix qui sont portés au tribunal de première instance de leur arrondissement[1], et dans lesquels on rencontre toutes les circonstances qui justifient l'emploi de cette procédure : tantôt la modicité de l'intérêt, le juge de paix n'étant compétent que jusqu'à 200 ou 1.500 francs[2]; tantôt la simplicité du litige, le titre de créance ou le droit réel n'étant pas contesté[3]; tantôt l'urgence de la

Voy., dans le même sens, pour le cas particulier d'une enquête faite sommairement alors qu'elle aurait dû avoir lieu en forme ordinaire, civ. cass. 5 mars 1895. D. P. 95. 1. 238, S. 95. 1. 216; et pour l'hypothèse inverse, civ. cass. 29 déc. 1897 (S. 98. 1. 176, comp., sur les différences qui existent entre ces deux procédures, *suprà*, §§ **966** et suiv.); et aj. qu'aux termes de deux arrêts (Req. 14 déc. 1881, D. P. 84. 5. 212; Bordeaux, 2 mai 1883, D. A. *v° cit.*, n° 42), cette nullité est couverte quand les deux parties ont volontairement et complètement exécuté deux parties du jugement qui a ordonné l'enquête (Voy. encore, sur ces deux points, Besançon, 24 déc. 1890, D. P. 92. 2. 147).

[5] Voy. t. II, § **678**.

[6] Voy. *suprà*, § **968**, notes 3 et suiv.

[7] Bourbeau, *op. et loc. cit.*

[8] Bourbeau, *op. et loc. cit.*

[9] Art. 1.

[10] L'ordonnance d'avril 1677 (Tit. XVII, art. 1 et suiv.) procédait par énumération, et concluait ainsi : « Et tout ce qui requiert célérité, et où il peut y avoir « du péril en la demeure ». Cette formule avait fait naître quantité de procès sur le point de savoir si telle affaire rentrait ou non dans l'énumération de l'ordonnance; les rédacteurs du Code de procédure ont voulu l'éviter en procédant par classification (Périn, *op. cit.*, dans Locré, *op. cit.*, t. XXI, p. 634).

§ **972**. [1] Voy. t. I, §§ **38** et **61**. Dans quel cas les jugements des juges de paix sont-ils rendus à charge d'appel? Voy. le tome VI.

[2] Voy. t. II, §§ **421** et suiv.

[3] Voy. t. II, § **422**.

solution, l'attribution de la cause au juge de paix en première instance ayant pour but de la soustraire aux complications et aux longueurs de la procédure ordinaire des tribunaux d'arrondissement[4].

§ **973**. 2° Les demandes susceptibles d'être jugées en dernier ressort, dont l'intérêt relativement modique exige une procédure peu coûteuse : à savoir les demandes mobilières jusqu'à 1.500 francs de principal, et les demandes immobilières jusqu'à 60 francs de revenu. Pour les demandes mobilières, c'est l'application de l'article 404[1]; pour les demandes immobilières, c'est une innovation de la loi du 11 avril 1838[2]. Peu importe que toutes ces demandes soient fondées ou non sur un titre[3], et, s'il y a titre, qu'il soit ou non contesté[4]; peu importe encore qu'elles se compliquent d'une demande reconventionnelle, et que celle-ci fasse monter l'intérêt du litige au-dessus du taux du dernier ressort : deux affaires, qui seraient jugées et taxées séparément comme affaires sommaires, ne seront pas traitées différemment par cela qu'elles seront réunies dans une seule instance[5]. On se reportera aux règles posées au § **334** pour savoir si une demande est mobilière ou immobilière, et aux distinctions faites au tome V de ce Traité pour savoir si elle excède ou non le taux du dernier ressort; on observera seulement dans le cas où les conclusions du de-

[4] Voy. *ib.*

§ **973**. [1] Al. 2. Modifié, quant au chiffre, par la loi du 11 avril 1838 (Art. 1), qui a porté le taux du dernier ressort en matière mobilière de 1.000 à 1.500 francs (Voy. le tome V).

[2] Art. 1er. C'était une question controversée, avant 1838, que de savoir si la procédure sommaire n'avait trait qu'aux demandes mobilières susceptibles d'être jugées en dernier ressort, ou si elle s'appliquait aussi aux demandes immobilières de même importance (Voy., sur ce point, Carré, *op. cit.*, t. III, n° CCCXXXII; Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 31 et suiv.).

[3] L'article 404 ne fait cette distinction que pour les demandes supérieures au taux du dernier ressort (Voy. le § suivant).

[4] Si la procédure sommaire est applicable au cas même où la demande aurait été formée sans titre, *à fortiori* le sera-t-elle s'il y a un titre et qu'il soit contesté (Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, p. 26, Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 594, Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 501; *contrà*, Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1470 *bis*, Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*).

[5] Civ. rej. 12 janv. 1831 (D. A. v° *Matières sommaires*, n° 31). La réunion d'une demande principale et d'une demande reconventionnelle, toutes deux susceptibles d'être jugées en dernier ressort, n'élève pas non plus le taux de ce ressort (Voy. le tome V).

mandeur changeraient au cours de l'instance, la distinction suivante. 1) Si le demandeur, ayant réclamé d'abord moins de 1.500 francs de principal, porte ensuite ses conclusions à un chiffre supérieur à cette somme, l'affaire n'est plus sommaire, et les règles de la procédure ordinaire s'appliquent immédiatement[6]; il en sera de même, si le défendeur répond à la demande principale par une demande reconventionnelle, qui est soumise à la procédure ordinaire attendu qu'elle dépasse 1.500 francs[7]. 2) Si, au contraire, le demandeur restreint à moins de 1.500 francs ses conclusions primitives qui dépassaient ce chiffre, la procédure reste sommaire, attendu qu'elle ne s'applique pas à des actes isolés mais à la totalité de l'instance, et que, ne pouvant taxer différemment les actes qui précèdent les conclusions restreintes et ceux qui les suivent, on doit choisir entre les deux procédures, et à celle qui n'est qu'une exception préférer celle qui forme le droit commun[8].

§ **974**. 3° Les demandes mobilières qui sont fondées sur un titre incontesté, qu'elles soient d'ailleurs réelles ou personnelles, et à quelque chiffre qu'elles puissent s'élever. La circonstance qu'il y a titre, et qu'il n'est pas contesté, donne à l'affaire un caractère de simplicité qui justifie l'emploi de cette procédure spéciale. On remarquera, d'abord, que je remplace la formule de l'article 404 : *les demandes pures personnelles*, par celle-ci : *les demandes mobilières tant réelles que personnelles*[1]. Je renvoie, pour l'explication de ce changement : 1) au § **338**, où l'on a vu que la loi appelle demandes pures ou purement personnelles les demandes personnelles qui n'ont rien d'immobilier, c'est-à-dire les demandes à la fois personnelles et mobilières; 2) aux §§ **326**, **338** et

[6] Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 28 et suiv. *Contrà*, Angers, 5 août 1895 D. P. 96. 2. 239).

[7] Bourbeau, *op. et loc. cit.*

[8] Bourbeau, *op. et loc. cit. Quid*, si le défendeur fait des offres partielles? Voy. Bourbeau, *op. et loc. cit.*

§ **974**. [1] Comp., sur ce point, Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 593; Rodière, *op. et loc. cit.*, t. I, p. 500; Bonnier, *op. cit.*, n° 837. L'action hypothécaire, qui est réelle (Voy. t. I, § **332**), ne rentre pas dans cette formule (Req. 21 mars 1894; D. P. 94. 1. 45; S. 95. 1. 181).

460, où j'ai dit qu'il n'y a pas de raison pour distinguer au point de vue de la compétence — j'ajoute ici : *et de la procédure* — les actions réelles mobilières et les actions personnelles mobilières. Quant à la nécessité d'un titre incontesté, il faut l'entendre un peu largement. Un titre, ce n'est pas seulement un titre écrit, c'est aussi une promesse verbale[2]. Un titre incontesté, c'est un titre authentique ou sous seing privé qui n'est ni argué de faux ni attaqué pour cause de fraude, dont la validité et l'interprétation ne sont pas contestées, et dont l'existence n'est pas niée alors que la partie qui s'en prévaut dit l'avoir perdu. Une promesse verbale, que le prétendu débiteur reconnaît avoir faite, est un titre incontesté au sens de l'article 404[3]; il en est de même d'un titre auquel on oppose simplement des moyens de défense, et la procédure reste sommaire si le débiteur se borne à dire qu'il y a payé la dette pour laquelle il est poursuivi, ou s'il invoque la compensation[4].

§ **975**. 4° Les demandes qui requièrent célérité, et qui, par cela même, ne peuvent s'accommoder des formes un peu

[2] Rodière, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. et loc. cit.* L'article 135, relatif à l'exécution provisoire, assimile au titre écrit et même au titre authentique la promesse verbale reconnue (Voy., sur cette dernière condition, la suite de ce §).

[3] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 6. Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1470. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit.* Paris, 15 juin 1808 (D. A. *v° cit.*, n° 27). Civ. cass. 10 avr. 1827 (D. A. v° *Faux incident civil*, n° 461); 25 avr. et 4 juill. 1827, et 4 juin 1828 (D. A. v° *Matières sommaires*, n° 25). Req. 10 août 1829 (D. A. *v° cit.*, n° 27). Aussi une affaire engagée dans la forme sommaire devient-elle une affaire ordinaire, quand le défendeur, condamné par défaut en vertu du titre produit ou allégué par le créancier, forme opposition en contestant l'existence ou la validité de ce titre (Bioche, *op.*, *v° et loc. cit.*, Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 19; voy., sur le jugement par défaut et sur l'opposition, le tome VI; aj. Chambéry, 12 mars 1883, D. P. 84. 2. 103, civ. rej. 30 oct. 1888, D. P. 89. 1. 61, civ. cass. 5 mars 1895, D. P. 95. 1. 238, S. 95. 1. 216).

[4] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 5. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Rennes, 20 nov. 1812; req. 30 janv. 1827; civ. rej. 18 mars 1829 (D. A. *v° cit.*, n° 26). Civ. cass. 5 mars 1860 (D. P. 60. 1. 129). *Contrà*, Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 21; Rodière, *op. et loc. cit.* La demande en compensation est une demande reconventionnelle (au moins dans le cas où la compensation n'est point légale; voy. t. I, § **389**), et les demandes reconventionnelles opposées à une demande principale jugée sommairement sont instruites et jugées dans la même forme (Voy. *suprà*, même §). Si, toutefois, le demandeur reconventionnel ou en compensation invoquait un titre qui fût contesté au sens de l'article 404, je crois qu'il y aurait lieu de recourir à la procédure ordinaire.

lentes de la procédure ordinaire[1]. L'article 404 en donne pour exemples les demandes provisoires[2] et en paiement de loyers, de fermages ou d'arrérages de rentes[3]; mais cette indication n'est pas limitative, et bien d'autres demandes peuvent requérir célérité et, par cette raison, s'instruire et se juger sommairement. Toutefois, on aurait tort de considérer comme urgentes, au sens de l'article 404, toutes celles où le président a permis d'assigner à bref délai : il n'est juge de l'urgence qu'à ce point de vue[4], et c'est au tribunal seul qu'il appartient de dire quelle procédure il faut suivre, et si l'affaire presse à ce point qu'elle doive être dispensée des formes ordinaires de procéder[5]. Tout ce qu'on peut admettre, c'est que l'ordonnance du président crée une présomption en ce sens, et que les parties qui n'auraient pas contesté l'urgence devant le tribunal seraient mal venues à se plaindre ensuite d'avoir été jugées sommairement[6]. En résumé, le tribunal apprécie souverainement le caractère de la demande, et y applique, suivant qu'elle est urgente ou non par sa nature, les formes et le tarif de la procédure sommaire ou ceux de la procédure ordinaire[7] : je dis *par sa nature*, car il ne suffirait pas d'une circonstance accidentelle

§ **975.** [1] Comp. l'article 44 précité du décret du 30 mars 1808, qui autorise les chambres de vacations à juger « les matières sommaires et celles qui requièrent célérité » (Voy. t. I, § **35**).

[2] L'article 404 dit : « Les demandes provisoires ou qui requièrent célérité » (Voy., sur les demandes provisoires, *suprà*, § **927**).

[3] *Quid :* 1° des demandes relatives à l'exécution du bail, ou aux abus de jouissance commis par le preneur? Voy. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 13; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1472; Orléans, 13 mai 1819 (D. A. *v° cit.*, n° 49) et 14 févr. 1821 (D. A. *v° cit.*, n° 48); 2° des demandes en résiliation de bail? Voy. Bioche, *op., v° et loc. cit.*; req. 27 juin 1810 (D. A. *v° cit.*, n° 49); 3° des demandes en paiement d'arrérages de pension? Voy. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 17; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 43; Bruxelles, 12 flor. an XII (D. A. *v° cit.*, n° 37); req. 26 juill. 1865 (D. 65. 1. 495); 4° du cas où le défendeur oppose aux demandes en paiement de loyers, fermages ou arrérages de rentes un moyen tiré du fond du droit, comme la novation? Voy. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 16; Rodière, *op. cit.*, t. I, n° 502; civ. rej. 29 janv. 1827 (D. A. *v° cit.*, n° 50); req. 30 nov. 1829 (D. A. v° *Obligations*, n° 2457).

[4] Il ne peut même pas dispenser le demandeur de citer le défendeur en conciliation (Voy. t. II, § **623**).

[5] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 12. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 501. Bourges, 24 août 1829 (D. A. v° *Matières sommaires*, n° 35). Pau, 19 mai 1890 (D. P. 91. 2. 100). *Contrà*, Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 69 et suiv.; Chambéry, 3 juill. 1878 (D. P. 79. 2. 218).

[6] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 12. Req. 13 mars 1878 (D. P. 79. 1. 38).

[7] Périn, *op. cit.* (Dans Locré, *op. et loc. cit.*). Rodière, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. cit.*, n° 835. Req. 10 août 1829 (D. A. *v° cit.*, n° 27).

pour qu'une affaire qui ne requiert pas naturellement célérité fût jugée sommairement[8]. Il s'en faut, d'ailleurs, que les juges soient abandonnés ici à leurs seules lumières; on verra, tout au contraire, au § suivant que le législateur lui-même a souvent indiqué, par certains détails de l'instruction ou par les expressions dont il s'est servi, qu'il y a lieu de considérer une affaire comme urgente, et d'y appliquer les règles de la procédure sommaire[9].

§ **976**. L'énumération de l'article 404 est-elle limitative, ou faut-il y ajouter toutes les demandes que d'autres textes, au Code de procédure ou ailleurs, prescrivent de « juger sommairement »[1], de « régler sommairement »[2], de « juger sommairement sans instruction[3], sans aucune procédure[4], sur « un simple acte[5], sans écritures ni requêtes »[6], ou « comme « affaires sommaires[7], en matière sommaire[8], comme matières « sommaires[9], comme affaires urgentes[10], comme affaires « sommaires et urgentes »[11]; ou « sans instruction[12], sans « sommation ni avenir[13], sur un simple acte[14], sur un simple « acte d'avoué à avoué sans autre procédure[15], sans aucune

[8] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 11. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1472. Douai, 7 déc. 1825 (D. A. *v° cit.*, n° 34).

[9] Voy. l'énumération complète des affaires qui sont sommaires parce qu'elles requièrent célérité, dans Dalloz et Vergé, *Code de procédure annoté*, art. 404, n°s 48 et suiv.

§ **976**. [1] Art. 172, 180, 348, 795, 840 et 884. Arr. 7 mess. an IX, art. 14. D. 16 févr. 1807, art. 6.

[2] Art. 192.

[3] Art. 320.

[4] Art. 847. Aj. art. 761 : « L'affaire est jugée comme sommaire sans autre « procédure que... »; et art. 763 : « L'audience est poursuivie et l'affaire ins- « truite conformément à l'article 761, sans autre procédure que... »

[5] Art. 311.

[6] Art. 521.

[7] Art. 718. L. 21 mai 1836, art. 20. L. 5 avr. 1884, art. 154.

[8] L. 20 août 1881, art. 36 (Voy. le rapport de M. Labiche au Sénat; D. P. 82. 4. 7, note 3).

[9] C. civ., art. 823. C. pr. civ., art. 608. L. 27 avr. 1825, art. 11. L. 30 avr. 1826, art. 12. L. 23 juin 1857, art. 16. L. 2 août 1884, art. 6.

[10] C. civ., art. 449.

[11] L. 21 mai 1836, art. 20.

[12] Art. 805.

[13] Art. 280. Aj. art. 977 : « Il ne sera fait aucune sommation pour compa- « raitre ».

[14] Art. 387 et 524.

[15] Art. 666.

« requête et sur un simple acte d'avoué à avoué »[16], et plus généralement toutes celles où l'on reconnaît quelqu'un des caractères qui justifient la substitution aux formes ordinaires d'une procédure plus simple, plus rapide et plus économique[17]? Il est certain que les tribunaux sont invités, dans tous ces cas, à faire aussi prompte justice qu'il se pourra, et à réduire les formes de procédure à leur minimum; mais les actes écrits sont-ils absolument défendus, et les frais taxés suivant les prescriptions du tarif ordinaire ou sur les bases plus modérées du tarif sommaire? Il s'est produit jusqu'à quatre opinions sur cette question. Suivant l'une, les seules affaires véritablement sommaires sont celles qui rentrent dans les termes de l'article 404; les autres, même celles que la loi prescrit de juger sommairement ou comme affaires sommaires, sont menées aussi vite qu'il se peut, mais admettent les significations d'écritures et sont taxées comme affaires ordinaires[18]. On invoque, en ce sens : 1° le décret du 2 juillet 1812, qui, permettant aux avoués de plaider en matière sommaire, distinguait expressément les affaires sommaires de celles qui doivent être jugées sommairement[19]; 2° le décret du 16 février 1807, portant tarif des frais en matière civile, qui admet des actes écrits en taxe dans certaines affaires qui

[16] Art. 973.

[17] C. pr. civ., art. 135, 166 et C. civ., art. 77, 193. Et encore ai-je négligé dans cette énumération : 1° l'article 36 de la loi du 5 juillet 1844, dont la rédaction ne laisse place à aucune difficulté, car il soumet les actions en nullité et en déchéance de brevets d'invention à « la forme prescrite pour les matières sommaires par l'article 404 » (Voy., sur l'application de cet article, civ. cass. 4 juill. 1893, D. P. 94. 1. 37, S. 93. 1. 375); 2° l'article 18 de la loi du 20 août 1881, sur les chemins ruraux, qui renvoie de même à l'article 405 (Voy. le rapport de M. Labiche au Sénat; D. P. 82. 4. 5, note 6); 3° les dispositions relatives aux procédures dont il n'est pas question en ce moment, à savoir les articles 391, 401, 457, 458, 554, 650, 651, 669, 809, 824 et 831 (Voy., sur ces dispositions, les tomes V, VI et VIII), l'article 1023, sur l'appel des sentences arbitrales (Voy., le tome VIII), et l'ordonnance du 18 septembre 1833 sur le règlement des frais de la procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique (Art. 31).

[18] Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1475. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Limoges, 8 févr. 1819 (D. A. *v° cit.*, n° 8).

[19] « Les demandes incidentes qui seront de nature à être jugées sommairement « pourront être plaidées par les avoués postulants en la cour, dans les causes « dans lesquelles ils occuperont » (Art. 2). « Il en sera de même dans les tri- « bunaux de première instance séant au chef-lieu des cours d'appel, des cours « d'assises et des départements : les avoués pourront y plaider dans toutes les « causes sommaires » (Art. 3). Voy., sur ce décret abrogé par l'ordonnance du 27 février 1822, et, en général, sur le droit des avoués à plaider, t. I, § 218.

doivent être jugées sommairement, et qui seraient purement orales si elles étaient réellement sommaires[20]. Dans une opinion diamétralement opposée et plus généralement suivie, l'expression *affaire sommaire* et les formules énumérées ci-dessus sont absolument synonymes, et, quand la loi emploie quelqu'une de ces dernières, ce n'est pas seulement pour recommander au juge la plus grande célérité, mais pour exclure les écritures qui ralentiraient la marche de l'affaire et la tarification qui en serait la conséquence[21]. Enfin, deux autres opinions, exclusivement préoccupées du jugement des incidents, décident : l'une, qu'ils suivent le sort de la demande principale et qu'ils sont réglés comme elle, tantôt comme affaires ordinaires, tantôt comme affaires sommaires[22]; l'autre, qu'ils sont toujours instruits et taxés comme en matière ordinaire[23].

§ **977**. C'est à la seconde opinion que je me rallie; mais l'intérêt de la question diminue sensiblement, si l'on remarque qu'elle se pose presque toujours à l'occasion d'affaires qui requièrent célérité, et qui seraient sommaires en l'absence de toute disposition spéciale et par le seul effet de l'article 404[1]. Quoi qu'il en soit, il me paraît impossible d'admettre que les formules variées, qu'on rencontre dans le Code de procédure ou dans les textes complémentaires, aient pour effet de restreindre la portée de l'article 404, et que ces demandes soient moins

[20] L'article 75 de ce décret passe en taxe, dans les cas des articles 166, 172, 180, 348 et 847 (Voy., sur ces articles, *suprà*, notes 1, 4 et 17), des défenses qui ne sont admises que dans la procédure ordinaire (Voy., sur l'exclusion des défenses en matière sommaire, *suprà*, § **963**). L'article 117 passe également des défenses en taxe dans les incidents de saisie immobilière qui doivent être jugés sommairement (Art. 718; voy. *suprà*, note 7). Aj., sur l'art. 71 du même décret, Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 58, note 1.

[21] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 58. Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 48 et suiv. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 598. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 507. Bonnier, *op. cit.*, n° 839. Grenoble, 20 mai 1817 (D. A. v° *Frais*, n° 180). Grenoble, 6 mars 1821 ; Douai, 17 août 1839 (D. A. v° *Matières sommaires*, n° 9).

[22] Bruxelles, 15 juin 1822 (D. A. *v° cit.*, n° 39). Comp. Chambéry, 13 mai 1896 (D. P. 96. 2. 413 ; S. 97. 2. 110).

[23] Paris, 25 mai 1808 (D. A. v° *Frais*, n° 163). Paris, 12 sept. 1810 (D. A. v° *Matières sommaires*, n° 8). Aix, 21 janv. 1834 (D. A. *v° cit.*, n° 44).

§ **977**. [1] Tous les textes cités au § précédent, notes 1 et suivantes, excepté ceux qui seront indiqués dans la suite de ce §, prévoient des hypothèses où la demande requiert célérité.

complètement sommaires que si le législateur, au lieu de les déclarer telles, avait laissé ce soin à l'interprétation des auteurs et des tribunaux. C'est un premier motif pour décider que les affaires désignées par ces formules sont, à tous égards, sommaires dans le cas même où elles ne requerraient pas célérité, car, si les locutions *jugées sommairement* et autres équivalentes n'entraînent pas l'emploi des formes et de la taxe sommaires dans les affaires qui requièrent célérité, il n'en peut être autrement dans les affaires où l'usage de cette procédure se justifie par leur grande simplicité ou par la modicité de l'intérêt litigieux[2]. Ajoutez que, dès l'ancienne jurisprudence, *matières qui doivent être jugées sommairement* était synonyme de *matières sommaires*[3] — qu'il y a une subtilité excessive à vouloir distinguer une affaire sommaire d'une affaire instruite ou jugée sommairement, comme affaire ou comme matière sommaire — qu'on ne peut pas distinguer davantage les affaires à propos desquelles la loi emploie l'adjectif *sommaire* ou l'adverbe *sommairement*, de celles qu'elle prescrit de juger *sans procédure, sans instruction, sans sommation ni avenir, sur un simple acte sans aucunes requêtes*, car la demande en nullité d'emprisonnement qui doit être « jugée sommairement »[4], et la demande en élargissement qui doit être « jugée sans instruction à la première « audience, préférablement à toutes autres causes, sans re- « mise ni tour de rôle »[5], sont des demandes de même nature et nécessairement soumises à des procédures différentes[6] — qu'il serait impossible de concilier l'obligation où est le tribunal de hâter son jugement, avec la nécessité d'attendre l'expiration des délais dans lesquels les écritures doivent être échangées — qu'il y aurait, enfin, contradiction à appliquer,

[2] Voy., sur les causes qui motivent le recours à la procédure sommaire, *suprà*, §§ **959** et **971**.

[3] Denisart, *op. cit.*, v° *Matières sommaires*, n° 1. Sallé, *L'esprit des ordonnances de Louis XIV* (Paris, 1755-1758), t. I, p. 181. Voy., sur ce point, Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 50. On remarquera cependant que le règlement sommaire des demandes incidentes n'était pas incompatible avec l'instruction écrite (O. avr. 1667, tit. XI, art. 24).

[4] Art. 795.

[5] Art. 806.

[6] Voy., sur les cas où des demandes relatives à la contrainte par corps peuvent encore se produire aujourd'hui, le tome V.

dans une affaire où les formes sont réduites au strict nécessaire, les taxes combinées en vue d'une procédure plus développée. Telles sont les raisons qui militent en faveur de cette opinion[7]. Le décret du 2 juillet 1812 n'y est pas contraire; car, si, par l'effet du hasard ou dans un pur intérêt de style, il oppose les affaires sommaires à celles qui sont jugées sommairement, il ne les distingue pas, au fond, essentiellement les unes des autres, et autorise les avoués à plaider dans les deux cas[8]. Les indications du tarif n'y font pas non plus d'objection sérieuse, car la procédure ordinaire et la procédure sommaire ne sont pas tellement distinctes que certains actes de la procédure ordinaire et les taxes qui y correspondent ne puissent être exceptionnellement admis en matière sommaire[9]. D'ailleurs, il va sans dire que les dispositions du tarif doivent toujours être observées, et que les avoués ont le droit de signifier et de porter en taxe, dans les cas prévus par le décret du 16 février 1807, les écritures autorisées par ces articles[10].

§ **978**. Je décide, conformément au principe qui vient d'être posé, qu'il y a lieu d'instruire, de juger et de taxer comme affaires sommaires, bien qu'elles ne requièrent pas célérité : 1° les demandes en liquidation de dommages-intérêts auxquels une partie a été condamnée par état[1]; 2° les affaires relatives aux domaines et rentes cédés par l'État aux hospices[2]; 3° les contestations entre prétendants au milliard accordé aux émigrés sous la Restauration[3]; 4° les contestations relatives à la répartition de l'indemnité attribuée aux anciens colons de Saint-Domingue[4]; 5° les actions intentées

[7] Voy., en ce sens, les auteurs et arrêts cités *suprà*, note 20.
[8] Voy., sur ce décret, t. I, § **218**.
[9] Voy., notamment, sur ce point, Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 57 et suiv.
[10] Voy., sur ce point, la taxe des frais en matière sommaire, *infrà*, § **1208**.

§ **978**. [1] Art. 524. Req. 17 nov. 1824 (D. A. v° *Responsabilité*, n° 238). Riom, 5 janv. 1835 (D. A. v° *Matières sommaires*, n° 62).
[2] Arr. 7 mess. an IX, art. 14. Req. 25 nov. 1825 (D. A. v° *Domaine engagé*, n° 50). Civ. rej. 22 janv. 1828 (D. A. v° *Matières sommaires*, n° 14). Limoges, 13 mai 1828 (D. A. v° *Défense*, n° 228).
[3] L. 27 avr. 1825, art. 11. Pourvu qu'aucune question d'état ne soit soulevée (Voy. le texte de la loi), et en admettant que ces contestations puissent encore se présenter aujourd'hui.
[4] L. 27 avr. 1826, art. 212. Pourvu encore qu'il n'y ait pas question d'état

par ou contre les communes relativement aux chemins vicinaux[5]; 6° les demandes en résiliation de vente d'animaux domestiques atteints de vices rédhibitoires[6]; 7° les actions relatives aux marques de fabrique[7]; 8° les oppositions aux poursuites en paiement de recettes municipales[8]; 9° les demandes en partage qui ne sont contestées que par des raisons tirées du mode de partage, ou de l'impossibilité d'y procéder actuellement[9]. Si la contestation portait sur le fond du droit, sur la qualité du demandeur, sur la nullité, le rapport ou la réduction des avantages à lui faits, la demande en partage devrait être instruite, jugée et taxée comme en matière ordinaire[10].

§ **979**. II. Autant la procédure sommaire est simple et expéditive, autant l'instruction par écrit est lente et compliquée; mais ce n'est pas la loi qui détermine à l'avance les affaires susceptibles d'être jugées dans cette forme[1], c'est le tribunal

(Voy. le texte de cette loi). Cette indemnité de 150 millions était le prix de l'indépendance accordée à l'île de Saint-Domingue par l'ordonnance du 17 avril 1825 (Art. 2 et 3), et la réparation insuffisante des désastres éprouvés par les colons français après la révolte des noirs en 1791.

[5] L. 20 mai 1836, art. 21. Bourges, 30 août 1843 (D. A. v° *Matières sommaires*, n° 54).

[6] L. 2 août 1884, art. 6. Voy., sur ces demandes, *suprà*, §§ **939**, note 2, et **940**, note 26.

[7] L. 23 juin 1857, art. 1. Voy., sur la compétence en cette matière, t. II, § **436**.

[8] L. 5 avr. 1884, art. 154. Voy., sur ce point, Ducrocq, *Droit administratif*, 6e éd., t. II, n° 1478.

[9] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 59. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 507. Paris, 23 août 1851 (D. P. 54. 5. 405). A Paris, l'usage est contraire : on alloue la taxe ordinaire (Instructions de la chambre des avoués près le tribunal de la Seine, 1808 et 1831, dans Bioche, *op.*, *v° et loc. cit.*).

[10] C'est l'application de l'article 823 du Code civil, qui ne déclare l'instance en partage affaire sommaire que si l'un des héritiers refuse de consentir au partage, ou s'il s'élève des contestations sur la manière d'y procéder ou de le terminer. Voy., en ce sens, Bioche, *op.*, *v° et loc. cit.*; Rodière, *op. et loc. cit.*; civ. cass. 30 juill. 1827 et 18 mars 1828, 31 mars et 15 déc. 1829, 22 févr. 1830 (D. A. *v° cit.*, n° 57); civ. cass. 14 juill. 1830 (D. A. v° *Compétence civile des tribunaux d'arrondissement*, n° 277); Paris, 23 févr. 1849 (D. P. 49. 2. 231); et, en sens contraire, req. 9 mai 1827 (D. A. v° *Successions*, n° 1505). Aj., sur cette question, Glasson, *Note* dans D. P. 89. 3. 7; sur l'application de cette règle aux partages de communauté, civ. rej. 5 août 1868 (D. P. 68. 1. 407), Nancy, 17 déc. 1872 (D. P. 74. 5. 335); et, sur l'emploi de la procédure sommaire, conformément au principe qui vient d'être posé, en matière : 1° de restitution des pièces communiquées (Art. 192), trib. de Beauvais, 30 déc. 1863 (D. A. v° *Matières sommaires*, supp., n° 34); 2° de reddition de comptes (Arg. art. 538), req. 30 nov. 1892 (D. P. 93. 1. 72; S. 93. 1. 133).

§ **979**. [1] On a vu qu'il en est autrement pour la procédure sommaire (*Suprà*, §§ **960** et **971**). Le projet de 1894 supprime purement et simplement

lui-même qui en prescrit l'emploi par un jugement sur lequel je reviendrai au § suivant. Ce jugement est levé[2] et signifié par la partie la plus diligente[3] à l'avoué de la partie adverse[4]. Dans la quinzaine suivante, le demandeur[5] signifie à l'avoué du défendeur une requête[6] grossoyée[7], contenant les moyens à l'appui de la demande et l'état des pièces qui la justifient[8]; puis, dans les vingt-quatre heures, il les produit au greffe[9] et signifie un acte de produit à l'avoué du défendeur[10]. Le défendeur a : 1° quinze jours, à partir de cette dernière signification, pour prendre communication des pièces produites par le demandeur[11], et signifier lui-même sa réponse avec l'état des pièces à l'appui[12]; 2° à partir de cette signification, vingt-quatre heures pour rétablir au greffe les pièces qu'il a prises en communication[13], produire les siennes et signifier un acte de produit; après quoi le demandeur a huitaine pour en prendre communication et les contredire[14].

l'instruction par écrit, il autorise seulement le tribunal à ordonner, dans les affaires les plus compliquées, un rapport et, s'il est nécessaire, un supplément d'instruction (P. 49).

[2] On remarquera aussi que cette formalité et la signification dont il va être parlé n'existent pas pour les jugements qui, dans une affaire instruite oralement, ordonnent un délibéré sur rapport (Bioche, *op.*, *v° et loc. cit.;* comp., sur le délibéré sur rapport, t. II, § **689**).

[3] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 12. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 450. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* En fait, c'est presque toujours le demandeur qui signifie ce jugement.

[4] Et non pas à la partie elle-même (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 11; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 451; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Boncenne, *op. cit.*, t. II, p. 330). Il faudrait, pour qu'il en fût autrement, que ce jugement eût été rendu par défaut faute de comparaître; l'instruction par écrit peut-elle être ordonnée en pareil cas? Voy. le tome VI.

[5] C'est lui qui commence, et non pas le défendeur comme dans la signification des défenses autorisées en matière ordinaire (Voy. t. II, § **678**). Les significations remplacent ici la plaidoirie, et c'est toujours le demandeur qui a la parole le premier (Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 238).

[6] C'est-à-dire un acte d'avoué à avoué, qu'il ne faut pas confondre avec la requête au président dont je parlerai au même § (Voy., sur cette acception du mot *requête*, t. II, § **678**).

[7] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 13.

[8] On l'appelle quelquefois inventaire de production (Rodière, *op. et loc. cit.*).

[9] L'usage est de les coter, c'est-à-dire de leur donner un numéro d'ordre, mais cette formalité n'est nullement indispensable (Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 454; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Bonnier, *op. cit.*, n° 209).

[10] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 15.

[11] Bien entendu, rien ne l'oblige à le faire (Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 456; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*).

[12] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 21.

[13] En supposant qu'il ait été autorisé à les déplacer (Voy. le § suivant).

[14] Art. 96 et 98. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 26.

§ **980**. Trois complications peuvent se produire. 1° *Quid*, s'il y a plusieurs défendeurs? Ont-ils le même intérêt et le même avoué? Il n'y a pour eux tous qu'un seul délai, tant pour prendre communication des pièces du demandeur que pour produire les leurs et signifier l'acte de produit[1]. Ont-ils des intérêts et des avoués différents? Chacun d'eux a droit aux délais ci-dessus, et la communication est donnée successivement à chacun de leurs avoués, en commençant par le plus diligent[2]. Ont-ils le même intérêt et des avoués différents? Il n'y a qu'un seul délai pour eux tous, et une seule communication qui se fait au plus ancien[3]. 2° Qu'arrive-t-il à l'expiration des délais ci-dessus, quand les requêtes n'ont pas été envoyées, les productions faites, les actes de produit signifiés, la communication prise, ou les contredits fournis? Le défaut de production des pièces du demandeur ne dispense pas le défendeur de produire les siennes, et ne l'autorise pas à poursuivre l'audience pour y obtenir contre le demandeur une sorte de jugement par défaut[4]. Ce serait contraire : 1) à l'article 98, qui donne un délai au demandeur pour prendre communication des pièces du défendeur, et suppose, par conséquent, qu'il les a produites; 2) au jugement même par lequel le tribunal a ordonné l'instruction par écrit, autant pour s'éclairer lui-même que pour fournir des moyens à la défense[5]. Les délais expirés, le jugement est rendu sur les pièces produites, et, faute par les deux parties de produire, l'affaire est rayée du rôle[6]; elle peut même, si la situation se prolonge, tomber en péremption[7]. D'ailleurs, ces délais ne sont pas de rigueur, et la partie en retard de produire ou de prendre communication peut encore le faire tant que l'autre

§ **980**. [1] Arg. *à contrario* art. 97. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 23.

[2] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 24 et 25. Chacun d'eux, a, en outre, le droit de prendre communication des pièces produites par les autres (Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 459; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*).

[3] Arg. art. 529 et 536 (Voy. *infrà*, §§ **1221** et suiv.). Bioche, *op. et v° cit.*, n° 23. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 457. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boncenne, *op. cit.*, t. II, p. 331, note 4. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 233. Rodière, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. cit.*, n° 210.

[4] Voy., sur le défaut, le tome VI.

[5] Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 462. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*

[6] Voy., sur la radiation du rôle, t. II, § **681**.

[7] Voy. le tome VII.

n'a pas requis jugement, ainsi qu'il sera dit ci-après[8]. 3° *Quid*, si, les premières productions n'étant pas suffisantes, une partie croit devoir verser au débat de nouvelles pièces? Elle le peut par un nouvel acte de produit, sans requête nouvelle ni écritures[9], et l'adversaire a huit jours pour prendre communication et fournir sa réponse[10].

981. Les articles 104 à 108 complètent ces prescriptions par des mesures de détail relatives à la taxe des frais, à la communication des pièces, et à la responsabilité des avoués qui n'auront pas rétabli dans le délai voulu les pièces par eux reçues en communication. 1° Il est interdit de passer en taxe d'autres écritures et significations que celles qui sont prescrites ou, du moins, autorisées par la loi; tous autres frais sont frustratoires et rejetés de la taxe[1]. 2° Les communications sont prises au greffe sur récépissés datés et signés par les avoués, à moins qu'une pièce, vu son extrême importance, ne puisse être déplacée, auquel cas le tribunal ordonne qu'elle sera examinée sur place[2]; la partie qui n'aurait pas suffisamment étudié les pièces qui lui ont été communiquées, ne doit s'en prendre qu'à elle, et ne peut demander

[8] Pothier, *op. cit.*, n° 221. Jousse, *op. cit.*, t. I, p. 134 et 139. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 31. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 461. Boncenne, *op. cit.*, t. I, p. 335. Bonnier, *op. cit.*, n° 211. *Contrà*, Carré, *op. et loc. cit.* Le tribunal pourrait-il proroger les délais, alors qu'une partie serait disposée à poursuivre l'audience à raison du retard de l'autre? On l'admettait autrefois (Rodier, *op. cit.*, p. 136), mais on regarde généralement les articles 97 et suivants comme des dispositions facultatives pour les parties et impératives pour le tribunal (Bioche, *op.*, *v° et loc. cit.*; Carré, *op. cit.*, t. I, p. 460; Boncenne, *op. cit.*, t. II, p. 337; voy. cep. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*).

[9] Voy., sur ce point, les Observations du Tribunat (Dans Locré, *op. cit.*, t. XXI, p. 417); Bioche, *op. et v° cit.*, n° 32; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 465; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Bonnier, *op. cit.*, n° 212; Caen, 1er févr. 1824 (D. A. v° *Instruction par écrit*, n° 100).

[10] Art. 98 à 103. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 466. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*

§ **981**. [1] Aj. art. 102; et voy., sur les frais frustratoires, t. II, § **508**. L'article 104, qui enjoint aux avoués, à peine de rejet de la taxe, de déclarer au bas des originaux et copies de leurs requêtes, et de leurs écritures et actes de produit, le nombre des rôles par eux signifiés, est-il particulier à l'instruction par écrit, ou n'est-ce pas une mesure générale applicable à tous les actes des avoués, dans quelque procédure que ce soit? Voy. Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 467; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Il y a une disposition semblable pour les exploits d'huissier (Voy. t. II, § **580**).

[2] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 36. Voy., sur la communication des pièces dans la procédure ordinaire, t. II, § **796**.

une nouvelle communication[3]. 3° Chaque avoué est responsable des pièces qui lui ont été confiées[4]; s'il ne les rétablit dans le délai fixé, il est rendu contre lui, sur le certificat du greffier suivi d'un simple avenir[5], un jugement qui le condamne personnellement, et sans appel[6], à remettre la pièce au greffe, aux frais du jugement, et à 10 francs au moins de dommages-intérêts par chaque jour de retard[7]. S'il n'obtempère à ce jugement dans la huitaine de sa signification, il peut être condamné, par un nouveau jugement et sans appel, mais après une nouvelle sommation et un nouvel avenir[8], à de plus forts dommages-intérêts et aux peines portées par les règlements disciplinaires[9]. Ces condamnations ont cela de particulier qu'elles sont prononcées[10] à la demande des parties elles-mêmes, sans l'intermédiaire de leurs avoués, et sur simple mémoire présenté par elles au président du tribunal, au rapporteur dont il va être parlé ou au procureur de la République[11].

§ **982**. Les productions faites ou les délais expirés, la cause est en état dans le sens et avec les conséquences atta-

[3] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 39. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 465. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Les pièces communiquées deviennent communes à toutes les parties, et celle qui les a livrées ne peut les retirer, sous peine d'amende, sans le consentement de la partie adverse (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 37; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 470; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Boncenne, *op. cit.*, t. II, p. 341; comp. t. II, § **796**, note 17).

[4] Il est tenu au greffe un registre des productions, où chacune d'elles est portée à sa date (Art. 108).

[5] Voy., sur l'avenir, t. II, § **679**.

[6] Voy., sur l'appel, les tomes V et VI. Ce jugement est-il susceptible d'opposition lorsqu'il est rendu par défaut? Voy. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 47; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; et, sur l'opposition, le tome VI.

[7] Ce n'est pas une amende, ce sont de véritables dommages-intérêts; aussi cette peine peut-elle être arbitraire (Voy., sur le principe que les amendes sont fixes, t. II, § **506**).

[8] Les pièces pourraient avoir été rétablies dans l'intervalle, et le second jugement se trouver, par conséquent, sans objet (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 43; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 472; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*).

[9] Voy., sur ces peines, t. I, §§ **505** et suiv.

[10] L'article 107 disait même que l'avoué serait condamné par corps, mais la loi du 22 juillet 1867, qui abolit la contrainte par corps, a abrogé cette partie de l'article 107 (Voy., sur cette loi, le tome IV).

[11] C'est une exception au principe général d'après lequel les parties ne peuvent adresser aucune demande à un tribunal de première instance sans se servir du ministère d'un avoué (Voy. t. I, § **218**) : on a craint qu'un avoué n'hésitât à prendre contre un confrère des mesures aussi rigoureuses (Bonnier, *op. cit.*, n° 223). Comp. art. 191 (Voy. t. II, § **796**, note 20).

chés d'ordinaire à cette expression[1]. A la requête de la partie la plus diligente[2], le greffier remet les pièces entre les mains d'un juge commis, ainsi qu'il sera dit au § suivant, pour présenter un rapport au tribunal[3]. Cela n'empêche pas les parties de prendre de nouvelles conclusions ou de produire de nouvelles pièces[4]; mais elles ne peuvent plus, dès ce moment, obtenir communication des pièces déjà produites, à moins que le produisant n'y consente[5]. Le rapporteur a, pour préparer son rapport, tout le temps qui lui est nécessaire[6]; dès qu'il est prêt, il avertit le président qui fait mettre l'affaire au rôle d'audience[7], afin que le rapport y soit fait publiquement : formalité indispensable et prescrite à peine de nullité, par application du principe général posé au § **549**[8]. Les parties doivent être prévenues par le greffier, ou par un avenir donné à la requête de la plus diligente d'entre elles : formalité également nécessaire suivant moi[9],

§ **982**. [1] Art. 353. Voy., sur la mise en état, t. II, § **683**.

[2] Cette réquisition doit être écrite (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 47; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 474; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*), mais elle peut, au gré du requérant, être formulée par un acte séparé, ou simplement mentionnée au registre des productions (Voy., sur ce point, Bioche, *op.*, *v° et loc. cit.;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* et, sur le registre des productions, le § précédent, note 28).

[3] Il se charge des pièces en signant dans une colonne laissée en blanc au registre des productions (Art. 109).

[4] L'instruction n'est close que par le rapport, et non par la simple remise des pièces au rapporteur (Voy. *infrà*, même §).

[5] Le rapporteur n'a pas le droit de se dessaisir des pièces sans le consentement de ceux à qui elles appartiennent (Arg. art. 106, qui suppose que la communication est prise seulement au greffe et des mains du greffier; Bioche, *op. et v° cit.*, n° 38; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 469; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Boncenne, *op. cit.*, t. II, p. 335).

[6] Il en est autrement quand le rapport est ordonné dans une affaire instruite oralement : le jugement qui nomme le rapporteur indique en même temps le jour où il fera son rapport (Voy. t. II, § **689**). L'instruction par écrit suppose (Voy. le § suivant) une affaire trop compliquée pour qu'on puisse mesurer ainsi le temps au rapporteur (Bonnier, *op. cit.*, n° 214).

[7] Voy., sur ce rôle, t. II, § **673**.

[8] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 52. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 475. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 346 et suiv. Bonnier, *op. cit.*, n° 215. Civ. cass. 20 nov. 1821 (D. A. v° *Jugement*, n° 185) et 27 mars 1822 (D. A. v° *Instruction par écrit*, n° 118). On voit cependant par les travaux préparatoires du Code de procédure que cela n'a point passé sans difficulté, et qu'on invoquait, en faveur du rapport à huis-clos, des raisons singulières, telles que « la timidité des juges peu exercés que gêne la nécessité de rapporter en public » (Séance du conseil d'État, du 10 floréal an XIII; dans Locré, *op. cit.*, t. XXI, p. 266). Voy., sur la manière de constater que le rapport a été lu publiquement, t. II, § **689**, note 10; civ. rej. 31 déc. 1834 (D. A. *v° cit.*, n° 40).

[9] La question est cependant controversée (Voy. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 53;

et sans laquelle la publicité du rapport serait illusoire, les intéressés ne pouvant ni l'entendre et, par conséquent, le contrôler[10], ni se prévaloir contre le rapporteur des causes de récusation survenues depuis sa nomination[11]. Au jour indiqué, le magistrat donne lecture de son rapport[12], où, sans indiquer son avis, il résume les faits et les moyens de droit allégués par chacune des parties[13]. Le rapport fait, l'instruction est close; les parties ne peuvent plus prendre de conclusions, aucune pièce ne peut désormais être produite ou communiquée; bien plus « les défenseurs n'ont, « sous aucun prétexte, la parole après le rapport; ils peuvent « seulement remettre sur-le-champ au président de simples « notes énonciatives des faits sur lesquels ils prétendraient « que le rapport a été incomplet ou inexact »[14]. Le ministère public est ensuite entendu[15], si l'affaire est de communication ou qu'il croie devoir y donner des conclusions[16]. Enfin, les pièces sont remises au greffe par le rapporteur qui en est déchargé par le greffier[17], et retirées par les avoués contradictoirement sur la sommation du plus diligent[18]; à leur

Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 476; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 241; Bonnier, *op. cit.*, n° 216).

[10] Voy. *infrà*, même §, dans quelles mesures elles peuvent le contrôler.

[11] Les causes de récusation postérieures à la nomination du rapporteur sont les seules qu'on puisse proposer après ce moment (Voy. t. II, § **761**).

[12] Le rapport est une partie essentielle de l'instruction par écrit : il est requis à peine de nullité, et le jugement doit le mentionner sous la même sanction (Rennes, 17 mai 1811; D. A. v° *Instruction par écrit*, n° 43).

[13] Art. 109 et 111. Comp. t. II, § **689**.

[14] On a vu qu'il en est de même dans toutes les procédures, après le rapport, et même après les conclusions du ministère public s'il en a donné, et quels inconvénients présentent ce principe et le correctif même qui y est apporté (Voy. t. I, § **188**; t. II, § **689**; et, sur l'historique de cette disposition, la séance du conseil d'Etat, du 10 floréal an XIII, dans Locré, *op. et loc. cit.*; Boncenne, *op. cit.*, t. II, p. 347; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 236).

[15] Le rapport fait partie de l'instruction; par conséquent, les conclusions du ministère public, qui supposent l'instruction close, ne doivent venir qu'après (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 54). Elles se donnent dans la même forme qu'en matière ordinaire, et non point par écrit (Carré, *op. cit.*, t. I, n° XXXI; Boncenne, *op. cit.*, t. II, p. 348; comp. t. I, § **201**).

[16] Voy., sur les causes de communication, et sur le droit qu'a le ministère public de porter la parole dans toutes les affaires, t. I, *ib.*

[17] Sur la seule radiation de la signature apposée par lui au registre des productions, au moment où les pièces lui ont été communiquées (Art. 114; voy., sur ce registre et sur cette signature, *suprà*, note 2, et le § précédent, note 4).

[18] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 57. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 484. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*

tour, ils en donnent décharge au greffier[19]. S'il s'élève des difficultés sur la propriété de ces pièces, elles sont jugées par le tribunal en la forme ordinaire[20]; si le rapporteur ne remet pas ces pièces au greffe, il en est responsable pendant cinq ans, conformément à l'article 2276 du Code civil[21].

§ **983**. Voilà ce qui reste aujourd'hui, comme on l'a vu au § **536**[1], de ces appointements longs et dispendieux dont notre ancienne pratique judiciaire était prodigue, et dont le nouveau législateur s'est appliqué non-seulement à abréger la durée, à simplifier les formes et à réduire les frais, mais encore à resserrer l'usage dans d'étroites limites[2]. Sans doute, il est loisible au tribunal d'ordonner l'instruction par écrit, à la demande des parties ou même d'office[3], dès que la complication de l'affaire lui paraît l'exiger et que les explications orales ne peuvent remplacer la comparaison attentive des pièces du procès[4]; mais il doit examiner, tout d'abord, si la communication des pièces, qui est d'usage dans l'instruction orale, et que la loi fournit, d'ailleurs, le moyen d'exiger, n'est

[19] « Les avoués, en retirant leurs pièces, émargeront le registre — il s'agit « du registre de productions (Voy. le § précédent, note 4) — cet émargement « servira de décharge au greffier » (Art. 115).

[20] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 58. Carré, *op. et loc. cit.* Chauveau, sur Carré, *op. et loc cit.*

[21] Art. 111, 112 et 115. « Les juges sont déchargés des pièces cinq ans après le jugement des procès » (C. civ., art. 2276). Suivant quelques auteurs, cette prescription ne s'appliquerait pas aux procès « indécis, » c'est-à dire non encore jugés, et, dans ceux-là, le juge ne serait déchargé qu'après trente ans, suivant le droit commun (C. civ., art. 2262 ; Bioche, *op. et v° cit.*, n° 56; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 483). Je n'aperçois pas le motif de cette distinction : si le procès qui s'instruit par écrit restait cinq ans sans être jugé, il y aurait péremption (Voy. le tome VII); or, le jugement qui déclarerait l'instance périmée équivaudrait à un jugement rendu sur le fond, et ferait, par conséquent, courir la prescription de cinq ans (Voy., sur cette question, Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*).

§ **983**. [1] Voy., notamment, les notes 16 et 17 de ce §.

[2] Même ainsi réduite, l'instruction par écrit n'a plus longtemps à vivre : « Les « articles du titre VI relatifs aux instructions par écrit ont disparu du projet, « disait le rapporteur de la commission de 1866 : les instructions par écrit ne « sont plus guère usitées aujourd'hui ; on en trouve de très rares exemples dans « les statistiques ; en les rayant de la législation, la commission n'a fait qu'en « consacrer l'abrogation par une désuétude qui atteste leur inutilité » (Greffier, *op. cit.*, p. 21 ; voy. encore, sur les inconvénients de cette procédure, Boncenne, *op. cit.*, t. II, p. 354 et suiv.).

[3] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 4.

[4] Il n'y a pas un seul cas, sauf en matière sommaire (Voy. la suite de ce §), où l'instruction par écrit soit défendue (Civ. rej. 17 avr. 1839 ; D. A. v° *Compte*, n° 128).

pas suffisante pour déjouer toute surprise[5]. De plus, le droit d'ordonner une instruction par écrit n'appartient pas au président, mais seulement au tribunal tout entier[6]. Enfin, elle ne peut avoir lieu en matière sommaire, car les formes et les délais abrégés de cette procédure ne se concilient pas avec un échange de défenses, de productions, d'actes de produit et de communications qui se succèdent à huit ou quinze jours d'intervalle[7]. Cette façon de procéder n'est obligatoire qu'en matière d'enregistrement et de contributions indirectes, où l'instruction se fait « par simples mémoires respectivement « signifiés, sans plaidoiries »[8]; et encore la nomination d'un rapporteur et la lecture de son rapport en audience publique

[5] Voy., sur la communication des pièces en matière ordinaire, t. II, § **796**.

[6] « Aucune cause ne peut être mise en rapport qu'à l'audience et à la pluralité « des voix » (Art. 95). *A la pluralité des voix* était inutile, car c'est ainsi que toutes les décisions judiciaires doivent être rendues (Voy. *infrà*, § **1059**). Ce jugement doit être motivé comme tous les jugements (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 7; voy. *infrà*, § **1114**). Ces formalités sont substantielles et, par conséquent, requises à peine de nullité (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 7; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 447; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; comp. O. avr. 1667, tit. XI, art. 9; aj., sur les formalités substantielles et sur les conséquences de leur omission, t. II, § **501**).

[7] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 2. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 448. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boncenne, *op. cit.*, t. II, p. 328. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 230. Bonnier, *op. cit.*, n° 207. Il en était déjà ainsi sous l'ordonnance d'avril 1667 (Tit. XVII, art. 10).

[8] Y compris les incidents (notamment l'inscription de faux) qui doivent s'instruire dans la même forme que le fond (Civ. cass. 14 janv. 1895; D. P. 95. 1. 120; S. 96. 1. 183). Cette procédure est prescrite par la loi du 27 ventôse an IX (Art. 17) sur le recouvrement des droits d'enregistrement; celle du 5 ventôse an XII, sur les contestations relatives aux contributions indirectes, se borne à dire qu'elles « seront jugées avec les mêmes formalités prescrites pour le jugement « des contestations qui s'élèvent en matière de paiement des droits perçus par « la régie de l'enregistrement » (Art. 88). Toutes ces affaires sont jugées en chambre du conseil (Voy., sur cette juridiction, t. I, § **67**, et le tome VIII). Ces règles doivent être observées à peine de nullité des jugements rendus après que les avocats auraient été entendus à l'audience (Civ. cass. 22 déc. 1891, D. P. 92. 1. 72, S. 92. 1. 24; civ. cass. 11 juill. 1892, D. P. 92. 1. 487, S. 92. 1. 392; civ. cass. 11 juill. 1893, S. 93. 1. 436; civ. cass. 21 avr. 1898, D. P. 98. 1. 263); mais la mention *vu les mémoires respectivement signifiés* fait preuve suffisante que la loi a été rigoureusement observée (Req. 10 mai 1893; D. P. 94. 1. 19; S. 93. 1. 533), la mention que les parties ont comparu et plaidé par le ministère d'avocats n'entraîne pas nullité si le jugement constate en même temps la signification préalable des mémoires (Req. 23 juill. 1895; S. 97. 1. 51), et le renvoi à une audience ultérieure, après une première audition du redevable en chambre du conseil, n'implique pas que des explications orales doivent avoir lieu lors du second appel de la cause (Req. 17 mars 1897; D. P. 97. 1. 445; S. 97. 1. 340). Aj., sur cette procédure, req. 23 janv. 1893 (D. P. 93. 1. 386, S. 95. 1. 481); et, sur son application aux contestations en matière de taxes municipales, quand ces contestations ne portent pas sur l'exigibilité mais seulement sur le montant de ces taxes, civ. cass. 15 mars 1898 (D. P. 98. 1. 213).

sont-elles les seules parties de l'instruction par écrit qui soient prescrites dans ce cas à peine de nullité[9], car aucune loi précitée ne commande d'y observer la succession de formalités et des délais établie par les articles 96 et suivants[10]. Quant aux demandes qui intéressent l'État et le domaine, elles ne se jugent pas nécessairement sur simples mémoires : l'État n'est pas tenu d'y employer le ministère des avoués et des avocats, mais il ne lui est pas interdit d'y recourir si ses adversaires se font représenter par des avoués et défendre par des avocats[11], et comme il ne s'agit pas là d'une instruction par écrit proprement dite, la formalité du rapport n'y est pas indispensable[12].

§ **984**. Le jugement qui ordonne une instruction par écrit, et qui nomme en même temps le rapporteur[1], ne doit pas être confondu avec celui qui prescrit un délibéré sur rapport dans une affaire instruite oralement[2]. Mettre une affaire ordinaire en délibéré avec ou sans rapport, c'est constater que l'instruction est achevée, que les parties ont fini leur rôle, et que celui du juge va commencer[3]; ordonner l'instruction par écrit qui se termine nécessairement par un rapport, c'est prescrire l'emploi d'une procédure particulière, qui, loin de finir à ce jugement, va commencer avec lui[4]. De là vient, comme on l'a vu au § précédent, que les conclusions du ministère public se placent non-seulement après le jugement qui ordonne

[9] Civ. cass. 2 avr. 1817 (D. A. v° *Enregistrement*, n° 5764). Civ. cass. 24 juin 1829 (D. A. *v° cit.*, n° 5719). Civ. cass. 3 mai 1893 (D. P. 93. 1. 547; S. 93. 1. 487).

[10] Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 448 *bis*. L'avis du conseil d'État, du 1er juin 1817, déjà signalé t. I, § **47**, et t. II, § **539**, porte que le Code de procédure n'a pas abrogé les dispositions spéciales des lois et règlements antérieurs sur l'instruction des affaires relatives à l'enregistrement et aux domaines.

[11] D. 28 oct.-5 nov. 1790, tit. III, art. 15. Arr. 10 therm. an IV. Arr. min. fin., 3 juill. 1834, art. 12. Voy., sur ce point, t. I, § **21**.

[12] Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 477. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 448 *bis*, 475 et 477. Aj. l'avis du conseil d'État, du 1er juin 1807, cité *supra*, note 10.

§ **984**. [1] Art. 95. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 7. « Si le rapporteur décède, se démet ou ne peut faire le rapport, il en sera commis un autre sur requête, par « ordonnance du président signifiée à partie ou à son avoué trois jours au moins « avant le rapport » (Art. 110).

[2] Voy., sur ce jugement, t. II, § **689**.

[3] Voy. t. II, *ib.*

[4] Bonnier, *op. cit.*, n° 206.

l'instruction par écrit, mais encore après le rapport qui la termine. De là encore les deux conséquences suivantes. 1° Un juge, qui ne serait devenu membre du tribunal que depuis ce jugement, pourrait assister à la suite des débats et prendre part au jugement définitif, car la règle qui veut qu'un magistrat ne puisse juger une cause sans avoir assisté à toutes les audiences où elle s'est plaidée[5], n'exige pas qu'il ait assisté aux audiences antérieures à celle où le tribunal a décidé dans quelle forme cette affaire serait instruite[6]. 2° Des conclusions nouvelles peuvent être prises après le jugement qui ordonne l'instruction par écrit, et jusqu'à l'audience où il est donné lecture du rapport[7], car la pratique reconnaît aujourd'hui aux parties le droit de changer leurs conclusions jusqu'à la clôture des débats[8].

[5] Voy., sur cette règle, *infrà*, §§ **1052** et suiv.; aj. t. I, § **140**, note 4.
[6] Req. 20 juin 1831 (D. A. *v° cit.*, n° 60).
[7] Voy. le § précédent.
[8] Voy. t. II, § **686**.

CHAPITRE II

DE L'INSTRUCTION DEVANT LES JUGES DE PAIX ET LES CONSEILS DE PRUD'HOMMES

SOMMAIRE. — § **985**. I. Procédure en justice de paix. Son caractère général. — § **986**. Suite. Comparution des parties. — § **987**. Suite. Discussion de l'affaire à l'audience. — § **988**. Suite. Obligation pour le juge de paix de statuer séance tenante; jusqu'à quel point elle est impérative. — § **989**. Suite. Défenses et incidents. — § **990**. Suite. 1° Cas où le juge de paix peut en connaître. — § **991**. Suite. Règles qu'il est tenu de suivre pour les juger. — § **992**. Suite. *a*) Enquête. Dispositions du Code de procédure à ce sujet. — § **993**. Suite. Faut-il y ajouter les autres formalités prescrites devant les tribunaux de première instance? — § **994**. Suite. Audition des témoins. — § **995**. Suite. Complications possibles. — § **996**. Suite. *b*) Expertise. — § **997**. Suite. *c*) Descente sur lieux. — § **998**. Suite. *d*) Combinaison possible de ces deux moyens de preuve. — § **999**. Suite. *e*) Appel en garantie. — § **1000**. Suite. 2° Défenses et incidents dont le juge de paix ne peut connaître. Récusation. — § **1001**. Suite. Règles spéciales de procédure en matière d'actions possessoires. — § **1002**. Suite. 1° Conditions de recevabilité. — § **1003**. Suite. *a*) « Complainte sur complainte ne vaut. » — § **1004**. Suite. *b*) Non-recevabilité du demandeur qui a déjà agi au pétitoire. — § **1005**. Suite. 2° Garantie. — § **1006**. Suite. 3° Défense de cumuler le possessoire et le pétitoire. — § **1007**. Suite. *a*) Rôle du juge de paix dans une instance où ils seraient confondus. — § **1008**. Suite. *b*) La preuve ne peut porter sur le fond du droit. — § **1009**. *c*) Le défendeur ne peut se porter demandeur au pétitoire qu'après le jugement du possessoire et l'exécution des condamnations qui y ont été prononcées contre lui. — § **1010**. II. Procédure devant les conseils de prud'hommes. Son caractère général. — § **1011**. Suite. Comparution des parties et débats devant le conseil. — § **1012**. Suite. Incidents. — § **1013**. Suite. 1° Incidents dont le conseil est juge. — § **1014**. Suite. 2° Incidents dont il ne connaît pas.

§ **985**. I. La procédure sommaire est déjà simple et expéditive[1]; celle des juges de paix l'est bien davantage. La comparution des parties, leurs explications contradictoires, un délibéré si la gravité de l'affaire le comporte : il n'en faut pas davantage, à moins qu'un incident ne survienne[2], pour

§ **985**. [1] Voy. *suprà*, §§ **959** et suiv.
[2] Voy., sur les incidents en justice de paix, *infrà*, §§ **989** et suiv.

conduire une affaire jusqu'au jugement. Point d'avoués qui s'interposent entre le juge et les parties[3]; point d'avocats, de défenses, de conclusions signifiées[4] : tout est approprié au caractère de cette juridiction exempte, selon le vœu de l'Assemblée constituante, des rigueurs de la procédure et des formes qui obscurcissent les procès[5].

§ **986**. Les parties comparaissent[1] volontairement ou sur la citation du demandeur[2]. Dans le premier cas, elles comparaissent au jour qu'il leur a plu de choisir, et demandent jugement par une déclaration signée d'elles ou d'un fondé de pouvoir, ou mentionnant qu'elles n'ont pu signer[3]. Dans le second cas, elles comparaissent au jour indiqué par la citation : en principe, le délai minimum est d'un jour franc[4], plus un jour par cinq myriamètres de distance entre le do-

[3] Le ministère de l'avoué n'est ni obligatoire ni même admis en justice de paix (Voy. t. I, § **216**).

[4] Les parties peuvent, bien entendu, se signifier respectivement, par ministère d'huissier, tous les actes qu'il leur plaît : à savoir les sommations, protestations ou actes conservatoires (Bioche, *op. cit.*, v° *Juge de paix*, n° 168; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 46; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*), et les notes ou mémoires qu'elles jugent utiles à leur défense et de nature à éclairer la conscience du juge (Bioche, *op. et loc. cit.;* Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 466); mais ces significations ne passent pas en taxe (Voy. cep. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*), non plus que les défenses que les parties auraient échangées contrairement à la prohibition de l'article 9 (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 167; Bourbeau, *op. et loc. cit.;* Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 25; voy., sur l'article 9, le § suivant). Du reste, rien n'empêche les parties de rédiger par écrit leurs moyens de défense, et d'en donner lecture à l'audience (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 168; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 45: Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*).

[5] Art. 9. Voy., sur la création des justices de paix, t. I, § **46**; et, sur les questions relatives à la procédure à suivre devant elles, outre les autorités citées aux §§ suivants, Henriet, *De la procédure devant la justice de paix* (dans la *France judiciaire*, t. XIII, 1889, p. 69 et suiv., 145 et suiv., 234 et suiv.).

§ **986**. [1] Je réserve, comme toujours, pour le tome VI le cas où elles feraient défaut.

[2] Voy., sur la citation en justice de paix, *suprà*, § **658**.

[3] A prendre l'article 7 à la lettre, les parties seules pourraient signer cette demande, mais il n'y a aucun motif pour qu'un fondé de pouvoir dûment autorisé ne puisse pas remplir cette formalité : sa procuration pourra même n'être pas authentique (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 146; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 31; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*). Quand les parties ont comparu volontairement une première fois, et que l'affaire a été renvoyée à un autre jour (Voy., sur ce renvoi, *infrà*, même §), elles doivent se représenter ce jour-là sans citation (Rodière, *op. et loc. cit.*).

[4] « Il y aura un jour au moins entre celui de la citation et le jour indiqué « pour la comparution » (Art. 5). C'est, d'ailleurs le droit commun (Voy. t. II, § **516**).

micile du défendeur et le siège de la justice de paix[5]. Le juge seul peut, en cas d'urgence, abréger le délai et permettre de citer de jour à jour ou même d'heure à heure[6] : il le fait par une cédule, sorte d'ordonnance écrite par lui, par son greffier ou par une des parties, mais toujours signée de lui et notifiée par huissier[7]. Si le délai fixé par la citation dépasse le délai légal, le défendeur a le droit de comparaître à l'expiration de ce dernier[8]; s'il est plus court et que le défendeur ne comparaisse pas le jour où il prend fin, la citation n'est pas nulle : le juge de paix ordonne simplement la réassignation aux frais du demandeur[9]. On comparaît en justice de paix soit en personne, soit par un fondé de pouvoir[10] muni d'une procuration écrite[11], authentique ou sous seing privé[12],

[5] Par trois myriamètres suivant l'article 5, mais il est modifié, sur ce point, par la loi du 3 mai 1862 (Voy. t. II, § **522**).

[6] « Même dans le jour et à l'heure indiqués » (Art. 6). Le décret des 18-26 octobre 1790 autorisait le juge à abréger les délais « dans les cas très graves « où il y aurait péril dans le retardement » (Tit. Ier, art. 8).

[7] Carré, *op. cit.*, t. I, p. 24, note 1. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 23. Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 24. Bonnier, *op. cit.*, nos 866, note 3, et 886. La cédule, qui sert ici à permettre la citation à bref délai, s'emploie également pour ordonner l'exécution des jugements d'avant faire droit, notifier leur nomination aux experts, inviter les témoins à se présenter à l'enquête, etc. (Voy. le § suivant).

[8] Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 17. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Comp., sur cette hypothèse, t. II, § **672**.

[9] L'article 5, qui pose cette règle, s'applique, par identité de motifs, à la procédure des tribunaux de première instance (Voy. t. II, *ib.*).

[10] Sans avoir à justifier d'aucun empêchement (Bioche, *op. et vo cit.*, no 154; Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, no 465). Comp., sur la comparution au bureau de paix, t. II, § **632**. La circulaire ministérielle du 6 juin 1838, relative à l'exécution de la loi du 25 mai de la même année, réserve au juge de paix le droit de rechercher si la partie qui se fait représenter est réellement empêchée, si son excuse est justifiée, et s'il n'y a pas lieu d'ordonner sa comparution personnelle (*Recueil officiel des instructions et circulaires du ministère de la justice* (Paris, 1879), t. I, p. 444). L'auteur de la circulaire est tombé dans une confusion qu'il eût dû éviter. Interdire à une partie de se faire représenter, sous prétexte que rien ne l'empêche de comparaître en personne, c'est contrevenir à l'article 9, qui donne sans réserve aux parties le droit de choisir entre la comparution personnelle et l'envoi d'un fondé de pouvoir; mais ordonner que la partie dûment représentée comparaîtra pour fournir des explications, c'est une mesure d'instruction absolument justifiée (Voy. le § suivant).

[11] Un mandat verbal ne suffirait pas : il pourrait être contesté, il faudrait le prouver, et de là des retards et des complications qu'il importe d'éviter dans cette procédure (Bioche, *op. et vo cit.*, no 157; civ. cass. 21 juill. 1886 (D. P. 87. 1. 220). A plus forte raison l'existence de ce mandat ne peut-elle se prouver par de simples présomptions ou par les faits et circonstances de la cause (Civ. cass. 9 juin 1896; D. P. 97. 1. 512; S. 97. 1. 228).

[12] Bioche, *op. et vo cit.*, no 156. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 44. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 25. Bonnier, *op. cit.*, no 868. Colmar, 25 avr. 1817 (D. A. vo *Compétence civile des*

générale ou spéciale, mais assez claire et précise pour ne laisser aucun doute sur l'existence et la portée du mandat[13]. Toute personne capable d'être mandataire peut recevoir cette procuration[14], excepté les huissiers, auxquels la loi du 25 mai 1838 interdit le prétoire du juge de paix par défiance pour l'esprit processif qu'elle leur suppose[15]. Le mandat qui leur est donné n'est pas nul[16], mais ils encourent, pour l'a-

tribunaux d'arrondissement, n° 213). Ce peut n'être qu'une lettre missive (Civ. cass. 22 avr. 1890; D. P. 90. 1. 465; S. 92. 1. 52), mais le plus prudent est de faire dresser cette procuration par acte authentique; sinon, la partie au nom de laquelle le fondé de pouvoir s'est présenté pourrait déclarer ne pas reconnaître sa signature, et désavouer son prétendu mandataire. Pour prévenir cette éventualité, l'adversaire pourrait aussi demander que cette signature fût légalisée. Quant à l'enregistrement du pouvoir sous seing privé, c'est une mesure purement fiscale, applicable à tous les actes produits en justice à un titre quelconque (Voy. L. 22 frim. an VII, art. 23; et *infrà*, § **1201**).

[13] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 155. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 43. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. et loc. cit.*

[14] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 158. Rodière, *op. et loc. cit.* Même un agent d'affaires (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 163), ou un clerc d'huissier (Bioche, *op., v° et loc. cit.*). Je disais dans ma première édition : « Il en est de même du « greffier du juge de paix, pourvu qu'il s'abstienne de remplir ses fonctions « dans l'affaire, et s'y fasse remplacer par un citoyen sachant lire et préalable- « ment assermenté. Le décret des 18-26 octobre 1790 excluait les personnes qui, « à quelque titre que ce soit, sont attachées à des fonctions relatives à l'ordre « judiciaire » (Tit. III, art. 1), mais cette prohibition est abrogée : 1° par l'ar- « ticle 9 du Code de procédure qui ne la reproduit pas; 2° par la loi du 25 mai « 1838 qui ne vise que les huissiers » (Voy. la note suivante). La cour de cassation s'est prononcée depuis en sens contraire, attendu que le greffier fait partie du tribunal (Voy. sur ce point, t. I, § **211**) et ne peut, par conséquent, exercer devant lui d'autres fonctions (Civ. cass. 3 févr. 1892; D. P. 92. 1. 201; S. 92. 1. 84). Quant à la circulaire précitée du 6 juin 1838 (Voy. *suprà*, note 10), qui invite le juge de paix « à écarter l'entremise des mandataires qui ne lui paraîtraient pas « dignes de la mission qui leur a été confiée », elle s'appuie sur une opinion particulière de M. Amilhau, rapporteur de la loi du 25 mai 1838 à la Chambre des députés : « Je termine, disait-il, en invitant les juges de paix à écarter de leur prétoire « tout ce qui tendrait à vicier cette belle institution; ils ont le droit de renvoyer « les causes, de se refuser à entendre les hommes qui seraient un fléau pour la « société tout entière » (Séance du 25 avril 1838; *Moniteur* du 26, p. 1030). Il serait difficile de déterminer avec précision les personnes visées par cette formule emphatique, et il faudrait considérer sans hésitation comme arbitraire la décision d'un juge de paix qui refuserait d'entendre, sous un prétexte tiré de sa mauvaise réputation, un mandataire muni de pouvoirs réguliers (Comp., sur la capacité du mandataire en général et, en particulier, du mandataire chargé de représenter une partie en conciliation, t. I, § **301**, et t. II, § **632**).

[15] Cette prohibition, formulée par le décret du 18 thermidor an II (Art. 1), tombée en désuétude, puis renouvelée par la loi du 25 mai 1838 (Art. 18), est tout ce qui reste du principe primitivement posé par le décret des 18-26 octobre 1790 (Tit. III, art. 1; voy. la note précédente). Elle atteint même les huissiers qui n'ont pas instrumenté dans l'affaire pendante (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 160) : elle s'applique également au cas où les parties veulent se faire représenter au bureau de paix (Voy. t. II, § **632**); mais elle n'a pas trait aux matières qui rentrent dans l'exercice de la juridiction gracieuse (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 161).

[16] Bonnier, *op. et loc. cit.*

voir rempli, une amende de 25 à 50 francs prononcée sans appel par le juge de paix, qui peut y ajouter l'interdiction de citer devant lui pendant un délai de quinze jours à trois mois, sans préjudice des peines disciplinaires et des dommages-intérêts des parties s'il y a lieu[17]. Ces dispositions ne s'appliquent point aux huissiers qui représentent leur femme, leurs parents ou alliés en ligne directe, ou leur pupille[18].

§ **987**. Les parties ou leurs fondés de pouvoir sont entendus contradictoirement; ils doivent seulement s'exprimer avec décence et modération[1]. Le demandeur explique sa demande; il peut même l'étendre, et, n'ayant réclamé dans la citation que le paiement d'un capital, conclure séance tenante au paiement des intérêts de cette somme[2]; mais il ne peut former une demande entièrement nouvelle, c'est-à-dire dont la citation ne contiendrait même pas le principe, et qui, dans ces conditions, ne pourrait être qu'une surprise[3]. Le défendeur expose ses raisons et présente ses moyens de défense, mais il ne doit pas former à l'audience une demande reconventionnelle à laquelle le demandeur ne serait pas préparé[4]. Tous deux peuvent se faire assister de conseils qui portent, au besoin, la parole en leur nom[5]. Seuls les huissiers ne peuvent remplir cette mission, sous les peines et sauf les

[17] Ce sont les mêmes peines que pour l'huissier qui signifie une assignation avant que les parties aient été appelées devant le juge de paix par billet d'avertissement (Voy. t. II, § **645**).

[18] Art. 5, 6 et 9. L. 25 mai 1838, art. 18 et 19 : l'article 18 renvoie à l'article 86 expliqué t. II, § **687**.

§ **987**. [1] Voy., sur les délits que les parties peuvent commettre à l'audience du juge de paix, t. II, § **558**.

[2] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 179. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 5 *ter*. Civ. rej. 21 avr. 1834 (D. A. v° *Action possessoire*, n° 48).

[3] Ces demandes doivent être formées par exploit ou, tout au moins, par conclusions écrites (Bioche, *op., v° et loc. cit.*, Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 480; *contrà*, Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 38).

[4] Elles doivent être formées par écrit, comme les demandes additionnelles (Bourbeau, *op. et loc. cit.; contrà*, Rodière, *op. et loc. cit.;* comp. la note précédente).

[5] Qu'il s'agisse de choisir un conseil ou un fondé de pouvoir, les parties jouissent de la même liberté (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 158; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 42 *bis, ter* et *quater;* Bourges, 2 févr. 1825, D. A. v° *Défense*, n° 254; trib. de Chinon, 25 mai 1832 (D. A. *v° cit.*, n° 255: comp. le § précédent, note 14).

exceptions qui viennent d'être indiquées[6]. C'est à la même audience que les parties prorogent la compétence du juge de paix, si elles sont d'accord pour le faire et qu'elles n'en soient pas convenues avant de se présenter devant lui[7]. Soit qu'elles renoncent à appeler de son jugement, soit qu'elles consentent à être jugées par lui bien qu'incompétent *ratione personæ*[8], elles en font la déclaration écrite, signée par elles ou par leurs fondés de pouvoir[9], ou mentionnant qu'elles ne peuvent signer[10].

§ **988**. Il serait dangereux de prendre à la lettre l'article 13, qui oblige le juge de paix à statuer séance tenante ou à la première audience, c'est-à-dire à l'audience à laquelle il renvoie les parties le jour même où elles comparaissent devant lui[1] : ce serait l'exposer à juger avant d'être suffisamment éclairé[2]. Aussi est-il admis sans difficulté que l'article 13 invite seulement le juge de paix à expédier l'affaire aussi promptement qu'il se pourra, et qu'il a le droit : 1° de pro-

[6] Comp. le § précédent et, particulièrement, la note 15. Rien n'empêche, cela va sans dire, un huissier de donner des conseils, dans son étude, aux parties qui viennent lui en demander sur une affaire de la compétence du juge de paix (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 161).

[7] Voy., sur le droit de proroger sa compétence, t. I, § **404**.

[8] Je dis *ratione personæ*, car je n'admets pas qu'on puisse proroger la compétence *ratione materiæ* des juges de paix *de re ad rem* ou même *de quantitate ad quantitatem;* je rappelle cependant que la jurisprudence est contraire (Voy. t. I, *ib.*).

[9] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 146. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 31. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Comp. le § précédent, note 12.

[10] Art. 7, 9, 10 et 13. L. 25 mai 1838, art. 18 et 19. Cette formalité est indispensable : la prorogation ne peut résulter du silence des parties, et, notamment, du fait que le défendeur cité devant un juge de paix incompétent n'a pas opposé le déclinatoire (Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 27, Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; civ. cass. 9 mars 1857, D. P. 57. 1. 125; *contrà*, req. 3 frim. an IX, D. A. v° *Compétence civile des tribunaux de paix*, n° 318, req. 12 mars 1829, D. A. *v° cit.*, n° 320). Si cependant les parties avaient acquiescé au jugement et l'avaient signé avec le juge, elles ne pourraient plus opposer son incompétence (Paris, 5 août 1809, D. A. *v° cit.*, n° 318; req. 15 juin 1869, D. P. 71. 1. 331). L'acte de prorogation doit-il énoncer l'objet du litige à peine de nullité? Voy. civ. cass. 2 août 1831 (D. A. *v° cit.*, n° 328).

§ **988**. [1] On remarquera que, dans ce cas, l'article 13 n'oblige pas les parties non domiciliées au siège de la justice de paix à y élire domicile (Bonnier, *op. cit.*, n° 863, note 1). Il en est autrement en matière commerciale (Voy. *infrà*, § **1027**).

[2] Le décret des 18-26 octobre 1790 tombait dans cette exagération en ne permettant au juge de paix de prendre communication des pièces, pour les examiner en présence ou hors la présence des parties, qu'à « charge de procéder in- « continent à la délibération et au jugement » (Tit. VII, art. 5).

noncer autant de remises successives qu'il est nécessaire pour donner le temps aux parties de produire tous leurs moyens[3]; 2° de mettre l'affaire en délibéré en se faisant communiquer les pièces, et de renvoyer le prononcé du jugement à une autre audience[4]. On doit seulement éviter les frais inutiles : le jugement de délibéré n'est ni signifié ni même levé[5], et la communication des pièces ne donne lieu à aucune procédure[6].

§ **989**. Si rapide que doive être cette instance, les incidents auxquels toute affaire est sujette peuvent la traverser : tantôt ralentir son cours, tantôt l'interrompre, quelquefois même l'arrêter absolument en transportant la cause devant une autre juridiction. Il y a, en effet, cette différence entre le juge de paix et le tribunal de première instance, que celui-ci est juge de droit commun, celui-là juge d'exception; que ce dernier connaît de toutes les défenses qui peuvent être opposées, et de tous les incidents qui peuvent être soulevés devant lui, à moins que les unes et les autres n'engagent le principe et la séparation des pouvoirs[1]; qu'au contraire, le juge de paix a une juridiction limitée, et n'est pas juge de l'exception toutes les fois et par cela seul qu'il est juge de l'action[2]. Deux sortes d'incidents doivent donc être distingués : 1° ceux dont il connaît; 2° ceux dont il doit renvoyer le jugement aux tribunaux de droit commun en restant saisi du fond, ou qui même l'obligent à se dessaisir et à renvoyer toute la cause aux tribunaux de droit commun[3].

[3] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 180. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 52. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 466. Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 25. Bonnier, *op. cit.*, n° 870.

[4] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 181. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 54. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. et loc. cit.* On a vu, *suprà*, note 2, qu'il en était autrement sous le décret des 18-26 octobre 1790 (Tit. VII, art. 5). Le défaut d'indication du jour où le jugement sera rendu entraîne-t-il nullité? Voy. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 182.

[5] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 183.

[6] Bioche, *op.*, *v° et loc. cit.* Si l'une des parties refuse ou néglige de remettre ses pièces au juge de paix, l'affaire est jugée sur les seules pièces de l'autre (Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 54 *bis*; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; comp. t. II, § **689**).

§ **989**. [1] Voy. t. II, § **414**.

[2] Voy. t. II, §§ **443** et suiv.

[3] Voy., sur cette distinction, t. II, *ib.*

§ **990**. A. En principe, le juge de paix, compétent pour connaître de l'action, est aussi juge de l'exception et, par conséquent, des incidents qui peuvent se produire devant lui. C'est ainsi qu'il statue, d'abord, sur sa propre compétence, et connaît, en cette qualité, des difficultés relatives non-seulement à cet objet mais encore à la litispendance et à la connexité[1], à moins qu'elles ne se présentent sous la forme d'une demande en règlement de juges, car, le juge de paix ne pouvant lui-même se régler de juges[2], cette demande devrait être portée devant la juridiction immédiatement supérieure à lui et au tribunal avec lequel il serait en conflit : 1° devant le tribunal de première instance, s'il y avait conflit entre deux juges de paix du même arrondissement; 2° devant la cour d'appel, si le conflit existait entre deux juges de paix d'arrondissements différents mais du même ressort de cour d'appel, ou entre un juge de paix et le tribunal de son arrondissement; 3° devant la cour de cassation, si le conflit s'élevait entre deux juges de paix de deux ressorts différents de cour d'appel, ou entre un juge de paix et un tribunal de première instance qui ne ressortissent pas à la même cour[3]. Le juge de paix connaît de même et en vertu du même principe : 1° de l'exception de la caution *judicatum solvi*, et de celle du délai pour faire inventaire et délibérer toutes les fois que les qualités ne sont pas contestées[4]; 2° des demandes additionnelles et provisoires[5]; 3° des complications relatives à l'interruption de l'instance[6]; 4° de l'exception tirée de la nul-

§ **990**. [1] Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 470.

[2] Par application du principe posé t. II, § **740**.

[3] Art. 363. Voy., sur le conflit entre un tribunal de première instance et un juge de paix de son ressort, et sur la controverse qui s'élève dans cette hypothèse, t. II, *ib.*

[4] Voy., sur l'exception de la caution *judicatum solvi* en justice de paix, Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 469, Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 28; sur cette caution, en général, t. II, §§ **765** et suiv.; et, sur l'exception du délai pour faire inventaire et délibérer quand les qualités sont contestées, t. II, § **771**.

[5] Voy., sur la manière de les former devant le juge de paix, le § précédent.

[6] Il n'y a pas d'autre cause d'interruption d'instance en justice de paix : on ne peut assimiler à la cessation des fonctions de l'avoué, qui interrompt les instances pendantes devant les tribunaux de première instance (Voy. *suprà*, §§ **893** et **894**), l'expiration du pouvoir donné à une personne de comparaître au nom d'une partie. C'est à la partie qui a cru pouvoir se dispenser de comparaître en personne, et qui a usé du droit de mettre un intermédiaire entre le juge et elle, de veiller à l'exécution de son mandat, et de prévoir le cas où son mandataire

lité de la citation[7]; 5° de l'intervention volontaire[8], de l'appel en garantie[9], et de l'assignation en déclaration de jugement commun[10]; 6° des incidents relatifs à la preuve, excepté la vérification des écritures et l'inscription de faux[11], à savoir : *a*) l'exception qui tend à la communication des pièces[12]; *b*) la comparution personnelle que le juge de paix a le droit d'ordonner quand les parties ont cru devoir se faire représenter[13], sauf à tirer du refus de comparution telles conséquences qu'il appartiendra[14]; *c*) l'interrogatoire sur faits et articles[15];

se trouve dans l'impossibilité de le remplir (Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 476). On verra, d'ailleurs, au tome VI comment la loi protège ici le défendeur exposé à se voir condamner par défaut. Par contre, le décès d'une partie interrompt l'instance pendante en justice de paix, dès qu'il s'est produit et avant même qu'il ait été notifié : la disposition contraire de l'article 344 (Voy. t. II, § **894**) suppose une notification faite à l'avoué, représentant officiel de la partie adverse, lequel n'existe pas ici (Bourbeau, *op. et loc. cit.; contrà*, Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 39). L'article 345 est applicable en justice de paix (Bourbeau, *op. et loc. cit.;* voy., sur cet article, t. II, § **892**).

[7] Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 472. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 28. Je rappelle seulement que toutes les formalités de la citation ne sont pas requises à peine de nullité, et que les formalités substantielles sont les seules dont l'omission puisse la faire annuler (Voy. t. II, § **501**).

[8] Cette demande est aussi recevable en justice de paix que devant un tribunal de première instance (Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 480; Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 38; Bonnier, *op. cit.*, n° 881). Peut-elle être formée à l'audience? Je ne le crois pas, car cela aurait autant d'inconvénients qu'une demande incidente formée de cette manière entre les parties originaires (Voy., en ce sens, Bourbeau, *op. et loc. cit.;* et, en sens contraire, Rodière, *op. et loc. cit.*).

[9] Voy., sur ce point, *infrà*, § **999**.

[10] Je ne vois aucune raison pour l'écarter en justice de paix (Voy. Bourbeau, *op. et loc. cit.;* Bonnier, *op. et loc. cit.;* et, sur l'utilité de cette demande, *suprà*, § **598**).

[11] Voy., sur ces deux incidents, t. II, § **797** et suiv.

[12] La demande de communication de pièces est évidemment admissible en justice de paix, et le juge de paix saisi de la demande principale est naturellement compétent pour connaître de cet incident (Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 29).

[13] Circ. min. just. 6 juin 1838 (*Recueil officiel des circulaires et instructions du ministère de la justice, loc. cit.*). Bioche, *op. et v° cit.*, n° 164. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 44 *bis*. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n°s 465 et 519. Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 38.

[14] Le jugement rendu en pareil cas n'en sera pas moins contradictoire, puisque la partie aura comparu, comme c'est son droit, par un fondé de pouvoir (Bioche, *op. et loc. cit.*, n° 169; Carré, *op. et loc. cit.;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Bourbeau, *op. et loc. cit.;* comp. le § précédent).

[15] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 166. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 44 *quater*. Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 519. Rodière, *op. et loc. cit.* Toutefois, les formes tracées t. II, § **789**, pour cet interrogatoire sont incompatibles avec la simplicité de la procédure des juges de paix, et n'y sont, par conséquent, pas requises à peine de nullité (Civ. rej. 1er juill. 1868, D. P. 68. 1. 452; *contrà*, Carré, *op. et loc. cit.;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*).

l'instruction par écrit, mais encore après le rapport qui la termine. De là encore les deux conséquences suivantes. 1° Un juge, qui ne serait devenu membre du tribunal que depuis ce jugement, pourrait assister à la suite des débats et prendre part au jugement définitif, car la règle qui veut qu'un magistrat ne puisse juger une cause sans avoir assisté à toutes les audiences où elle s'est plaidée[5], n'exige pas qu'il ait assisté aux audiences antérieures à celle où le tribunal a décidé dans quelle forme cette affaire serait instruite[6]. 2° Des conclusions nouvelles peuvent être prises après le jugement qui ordonne l'instruction par écrit, et jusqu'à l'audience où il est donné lecture du rapport[7], car la pratique reconnaît aujourd'hui aux parties le droit de changer leurs conclusions jusqu'à la clôture des débats[8].

[5] Voy., sur cette règle, *infrà*, §§ **1052** et suiv.; aj. t. I, § **140**, note 4.
[6] Req. 20 juin 1831 (D. A. *v° cit.*, n° 60).
[7] Voy. le § précédent.
[8] Voy. t. II, § **686**.

CHAPITRE II

DE L'INSTRUCTION DEVANT LES JUGES DE PAIX ET LES CONSEILS DE PRUD'HOMMES

SOMMAIRE. — § **985**. I. Procédure en justice de paix. Son caractère général. — § **986**. Suite. Comparution des parties. — § **987**. Suite. Discussion de l'affaire à l'audience. — § **988**. Suite. Obligation pour le juge de paix de statuer séance tenante; jusqu'à quel point elle est impérative. — § **989**. Suite. Défenses et incidents. — § **990**. Suite. 1° Cas où le juge de paix peut en connaître. — § **991**. Suite. Règles qu'il est tenu de suivre pour les juger. — § **992**. Suite. *a*) Enquête. Dispositions du Code de procédure à ce sujet. — § **993**. Suite. Faut-il y ajouter les autres formalités prescrites devant les tribunaux de première instance? — § **994**. Suite. Audition des témoins. — § **995**. Suite. Complications possibles. — § **996**. Suite. *b*) Expertise. — § **997**. Suite. *c*) Descente sur lieux. — § **998**. Suite. *d*) Combinaison possible de ces deux moyens de preuve. — § **999**. Suite. *e*) Appel en garantie. — § **1000**. Suite. 2° Défenses et incidents dont le juge de paix ne peut connaître. Récusation. — § **1001**. Suite. Règles spéciales de procédure en matière d'actions possessoires. — § **1002**. Suite. 1° Conditions de recevabilité. — § **1003**. Suite. *a*) « Complainte sur complainte ne vaut. » — § **1004**. Suite. *b*) Non-recevabilité du demandeur qui a déjà agi au pétitoire. — § **1005**. Suite. 2° Garantie. — § **1006**. Suite. 3° Défense de cumuler le possessoire et le pétitoire. — § **1007**. Suite. *a*) Rôle du juge de paix dans une instance où ils seraient confondus. — § **1008**. Suite. *b*) La preuve ne peut porter sur le fond du droit. — § **1009**. *c*) Le défendeur ne peut se porter demandeur au pétitoire qu'après le jugement du possessoire et l'exécution des condamnations qui y ont été prononcées contre lui. — § **1010**. II. Procédure devant les conseils de prud'hommes. Son caractère général. — § **1011**. Suite. Comparution des parties et débats devant le conseil. — § **1012**. Suite. Incidents. — § **1013**. Suite. 1° Incidents dont le conseil est juge. — § **1014**. Suite. 2° Incidents dont il ne connaît pas.

§ **985**. I. La procédure sommaire est déjà simple et expéditive[1]; celle des juges de paix l'est bien davantage. La comparution des parties, leurs explications contradictoires, un délibéré si la gravité de l'affaire le comporte : il n'en faut pas davantage, à moins qu'un incident ne survienne[2], pour

§ **985**. [1] Voy. *suprà*, §§ **959** et suiv.
[2] Voy., sur les incidents en justice de paix, *infrà*, §§ **989** et suiv.

d'office[3], toutes les fois qu'elle est admissible et, en outre, utile pour la solution du procès[4], comme aussi de la refuser lors même qu'elle serait sollicitée par une partie, quand les faits qu'elle prétend prouver ainsi sont d'ores et déjà établis, indifférents au procès, absolument invraisemblables, ou de telle nature que la preuve en semble impossible[5]. Les règles générales de cette procédure sont les mêmes que devant les tribunaux de première instance : à savoir la contr'enquête qui est de droit[6], les incapacités des témoins et les reproches auxquels il sont sujets[7], l'obligation où ils sont de déposer[8], la taxe qui les indemnise de leurs frais[9], et l'inter-

[3] Avant le Code de procédure, le juge de paix avertissait les parties qu'il y avait lieu à l'enquête, les invitait à déclarer si elles entendaient y procéder, et ne l'ordonnait que sur leur réquisition (D. 18-26 oct. 1790, tit. IV, art. 1 et 2). Il n'en est plus de même aujourd'hui : l'article 254, qui permet au tribunal de première instance de prescrire l'enquête d'office (Voy. *suprà*, § **834**), s'applique, par identité de motifs, au juge de paix (Faure, *Rapport au Corps législatif au nom du Tribunat*, dans Locré, *op. cit.*, t. XXI, p. 560; Bioche, *op. cit.*, v° *Enquête*, n° 593; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 150; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 596; Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 33; Bonnier, *op. cit.*, n° 891). Aj., sur la nullité de l'enquête à laquelle le juge de paix aurait procédé officieusement, civ. rej. 23 avr. 1894 (D. P. 94. 1. 327; comp. t. II, § **726**).

[4] Voy., sur ces deux points, *suprà*, § **835**.

[5] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 594. Voy., sur les cas où le tribunal de première instance a le droit de refuser l'enquête, t. II, *ib.*

[6] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 59. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 151. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. cit.*, n° 892. Voy., sur le droit de faire la contr'enquête, *suprà*, § **837**.

[7] Voy., sur leurs incapacités, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 605; Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 510; Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 34; et, en sens contraire, Bonnier, qui estime que les incapacités des témoins cités en justice de paix se confondent avec leurs reproches, attendu que l'article 36 ne parle pas de témoins incapables mais seulement de témoins reprochables : il en conclut que le juge de paix ne peut refuser d'entendre les témoins incapables que s'ils sont reprochés par les deux parties ou du moins par l'une d'elles (*Op. cit.*, n° 893); aj., sur les reproches des témoins cités en justice de paix, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 610. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 153; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*, et quest. 160, Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 34, civ. cass. 8 févr. 1830 (D. A. v° *Enquête*, n° 499). Voy., en sens contraire, Bourbeau qui ne considère pas l'énumération des causes de reproche, telle qu'on la trouve dans l'article 283, comme limitant le pouvoir du juge de paix : il abandonne à l'appréciation discrétionnaire de ce dernier la détermination des reproches qui sont admissibles et de ceux qui ne le sont pas (*Op. cit.*, t. VII, n° 511). Je crois qu'il faut aussi appliquer en justice de paix la disposition de l'article 285 relative aux mineurs de quinze ans. Comp., sur la théorie générale des incapacités et des reproches en matière d'enquête, *suprà*, §§ **828** et suiv.

[8] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 629. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 165. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 35. Bonnier, *op. cit.*, n° 892. Comp. *suprà*, § **833**.

[9] D. 16 févr. 1807, art. 24. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 620. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 162. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*

diction de faire entendre plus de cinq témoins sur un même fait à peine de voir les frais de leur audition rejetés de la taxe[10].

§ **993**. La brièveté des articles 29 et 36 à 40 fait qu'on se demande s'ils se suffisent[1], ou s'il ne faut pas y ajouter, à peine de nullité, les autres formalités qui sont prescrites pour l'audition des témoins, en matière ordinaire ou sommaire, devant les tribunaux de première instance[2]. Il faut, je crois, distinguer, et transporter de la procédure des tribunaux de première instance à celle des juges de paix les formalités qu'on peut appeler substantielles, mais non point celles qui, si utiles qu'elles puissent être, peuvent passer pour surabondantes[3]. C'est la seule solution qui s'accorde avec l'article 1030, aux termes duquel les nullités ne peuvent être suppléées qu'en cas d'omission de formalités substantielles[4], et avec l'article 1er, qui n'ajoute pas la peine de nullité aux énonciations qu'il exige dans les citations à comparaître en justice de paix[5]. Le juge de paix qui croit devoir ordonner l'enquête la prescrit donc par un jugement qui fixe, à peine de nullité, le jour, l'heure et le lieu auxquels il y sera procédé, et qui fait connaître avec précision sur quel objet elle doit porter : cette dernière indication n'est pas substantielle comme la première, car l'objet de l'enquête est déjà connu des parties, et il n'est pas indispensable que les témoins en soient avertis d'avance[6]. La permission de citer les témoins résulte d'une cédule délivrée à la requête de la partie la plus diligente[7]; elle fait mention de la date du jugement,

[10] Art. 29 et 36 à 40. Voy., sur ce point, *suprà*, § **828**.

§ **993**. [1] Voy., en ce sens, Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 152 *bis* et *ter;* Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 33; req. 2 juill. 1835 (D. A. *v° cit.*, n° 660).

[2] Pigeau, *Commentaire sur le Code de procédure civile* (Paris, 1827), t. I, p. 94.

[3] Voy., en ce sens, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 591; Bonnier, *op. cit.*, n°s 890 et 895; req. 19 juin 1832 (D. A. *v° cit.*, n° 669).

[4] Voy. t. II, § **501**.

[5] Voy. t. II, § **251**.

[6] Req. 4 janv. 1814 (D. A. *v° cit.*, n° 646). Et il n'y a même pas de forme particulière pour avertir les intéressés du jour où l'enquête aura lieu : il suffit qu'il soit porté en temps utile, et avec certitude, à leur connaissance (Req. 6 avr. 1894; D. P. 95. 1. 39; S. 98. 1. 308).

[7] Il n'y a pas de formes particulières à suivre pour la demander (Bourbeau,

ainsi que des lieu, jour et heure où les témoins devront comparaître[8]. La citation donnée à chacun d'eux reproduit en tête la cédule en vertu de laquelle elle est signifiée[9]; mais le délai qu'elle leur indique, et qui est au moins d'un jour franc[10], n'est pas nécessairement celui qu'a fixé le juge de paix : les parties ne sont pas tenues, comme devant les tribunaux de première instance, de procéder à l'enquête dans un délai déterminé, et chacune d'elles a le droit de la faire tant que l'autre n'a pas demandé la péremption ainsi qu'il sera dit au tome VII de ce Traité[11]. La seule différence qu'il y ait entre l'enquête faite au jour indiqué par le juge, et celle dont la partie requérante a elle-même fixé l'époque, c'est qu'il faut, dans ce dernier cas, citer à peine de nullité l'adversaire qui a le droit d'y assister : formalité inutile quand les témoins doivent être entendus au jour fixé par le juge de paix en présence des deux parties[12]. Il n'est pas, d'ailleurs, indispensable d'adresser aux témoins une citation en forme, et le juge de paix peut les inviter à comparaître par simple lettre[13], sauf à ne leur appliquer les peines des témoins défaillants[14] qu'après les avoir fait régulièrement citer[15]. Quant à notifier à la partie intéressée la liste des témoins qu'il a le dessein de faire entendre, le requérant n'y est pas tenu, et l'omission de cette formalité n'entraîne pas nullité[16].

op. cit., t. VII, n° 507), ni de délai pour faire cette demande (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 600; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 152 *bis;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Rodière, *op. et loc. cit.*). On verra au même § que les délais dans lesquels l'enquête ordinaire doit commencer, à peine de nullité, ne s'appliquent pas en justice de paix.

[8] Voy., sur les cédules en général, *suprà*, § **986**. S'il y a lieu à contr'enquête (Voy. le § précédent), une cédule est délivrée à chaque partie pour qu'elle puisse citer les témoins qu'elle se propose de faire entendre (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 599).

[9] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 601.

[10] Arg. art. 5 (Voy. *suprà*, § **986**).

[11] Bioche, *op. et v° cit.;* n° 597. Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 35. Bonnier, *op. cit.*, n° 890. Civ. rej. 13 janv. 1836 (D. A. *v° cit.*, n° 670). Comp. *suprà*, note 7 ; et, sur le délai dans lequel on doit commencer l'enquête devant un tribunal de première instance, *suprà*, § **840**.

[12] Bourbeau, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. et loc. cit.* Comp., sur l'obligation d'appeler les parties aux enquêtes qui se font devant les tribunaux de première instance, t. II, § **839**.

[13] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 602. Bonnier, *op. cit.*, n° 892.

[14] Voy. *suprà*, même §.

[15] Bioche, *op., v° et loc. cit.*

[16] Chauveau, *op. cit.*, t. I, quest. 152 *ter*. Bourbeau, *op. et loc. cit.* Rodière,

§ **994**. Au jour dit, les témoins sont entendus séparément en présence des parties : ils déclinent leurs noms, profession, âge et demeure, prêtent serment de dire la vérité, déclarent s'ils sont parents, alliés, serviteurs ou domestiques des parties, déposent[1] sans pouvoir être interrompus par elles[2], et répondent aux questions que le juge de paix leur adresse à la demande des parties ou même d'office[3]. Si l'affaire est sujette à appel, le greffier dresse un procès-verbal qui reproduit leur serment, leurs dépositions et les déclarations qui ont dû les précéder[4]; il est donné lecture à chacun d'eux des passages qui le concernent; il les signe, ou mention est faite qu'il ne peut signer; le juge de paix et le greffier signent le procès-verbal, puis la cause est jugée immédiatement ou, au plus tard, à la première audience[5]. Si ce jugement doit être en dernier ressort, il n'est pas dressé procès-verbal : il suffit d'énoncer dans les motifs le serment, les déclarations et le sens général des dépositions des témoins[6]. Cette distinction, déjà faite en matière sommaire devant les tribunaux de première instance, se justifie, dans l'espèce, par les mêmes motifs de simplification et d'économie[7]. D'ailleurs, toutes ces formalités ne sont pas requises à peine de nullité : la rédaction d'un procès-verbal authentique, c'est-à-dire signé du juge et du greffier, est indispensable quand la cause est sujette à appel, car c'est la seule manière pour le juge d'appel de prendre connaissance de l'enquête sans être obligé de la recommencer[8]; mais les déclarations relatives

op. cit., t. II, p. 33. Req. 2 juill. 1835 (D. A. *v° cit.*, n° 660). Voy., sur cette formalité dans les enquêtes qui se font devant les tribunaux de première instance, *suprà*, § **841**.

§ **994**. [1] Il ne leur est pas défendu, à peine de nullité, d'apporter et de lire une déposition écrite (Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 508; voy., sur ce point, dans la procédure ordinaire, *suprà*, § **845**).

[2] Voy., sur la défense d'interpeller les témoins, Bourbeau, *op. et loc. cit.*, et t. II, *ib.*

[3] Comp. t. II, *ib.*

[4] Comp., sur cette partie de l'article 39, *suprà*, § **970**, note 12.

[5] Voy., sur le renvoi du jugement à une autre audience, *suprà*, § **988**.

[6] « Le résultat des dépositions » (Art. 40; voy., sur ce point, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 629, Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 171, Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*, Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 513, Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 35, Bonnier, *op. cit.*, n° 895).

[7] Voy. *suprà*, § **970**. Le projet de 1894 la confirme (P. 22).

[8] Req. 24 janv. 1827 (D. A. *v° cit.*, n° 665). *Contrà*, Carré, *op. et loc. cit.*; Chau-

au nom, à la profession, à l'âge, au domicile et à la situation personnelle des parties, le serment prêté dans la forme solennelle *je jure,* l'isolément des témoins, l'indication au procès-verbal du jour et de l'heure où ils ont été entendus, ne sont pas des formalités irritantes[9]. Enfin, l'article 293, aux termes duquel l'enquête annulée par la faute du juge-commissaire doit être recommencée à ses frais[10], ne s'applique pas au juge de paix. Il n'opère pas comme juge-commissaire dans les contestations portées devant lui : la responsabilité de son dol est donc la seule qu'il subisse; la prise à partie, les mesures disciplinaires et les peines de la forfaiture, les seules sanctions qu'il encoure[11].

§ **995**. Deux complications peuvent se produire : 1° l'absence des parties régulièrement convoquées[1]; 2° l'allégation de reproches contre un ou plusieurs témoins[2]. Ces derniers peuvent-ils être entendus, et le jugement rendu en l'absence des parties? Quelle procédure faut-il suivre en matière de reproches? Le premier point ne fait pas difficulté dans le cas où l'affaire est jugée en premier ressort, car les résultats de

veau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Dans tous les cas, cette nullité est d'intérêt privé, et se couvre quand les parties y ont renoncé, par exemple, en concluant au fond Req. 9 déc. 1889; D. P. 90. 1. 110; S. 90. 1. 414).

[9] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 608. Voy., sur les déclarations préalables à la déposition des témoins, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 604, Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 508; sur la forme du serment, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 603, Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 156, Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*, Bourbeau, *op. et loc. cit.*, Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 34, Paris, 16 pluv. an XI (D. A. *v° cit.*, n° 647), req. 19 avr. 1810 (D. A. *v° cit.*, n° 654); sur l'audition des témoins séparément, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 607, Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 157, Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*, Bourbeau, *op. et loc. cit.*; sur l'indication de la date de l'enquête, req. 19 août 1816 (D. A. *v° cit.*, n° 665). Il est également permis d'entendre les témoins qui se présentent spontanément et sur invitation verbale, sans citation ni lettre d'avis (Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 507; Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 33). Quant à la prestation même du serment, elle est prescrite à peine de nullité (Civ. cass. 27 avr. 1896; D. P. 97. 1. 292).

[10] Voy., sur cet article, t. II, § **850**; et, sur le droit qu'ont les juges d'appel d'ordonner, en ce cas, que l'enquête sera recommencée, req. 23 mars 1813 et 24 janv. 1827 (D. A. *v° et loc. cit.*).

[11] Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 514. Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 35. *Contrà*, Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 169 *quater*; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Comp., sur la responsabilité des magistrats en droit français, t. I, §§ **144** et suiv.; et, sur le cas où le juge de paix procède à une enquête comme juge-commissaire, c'est-à-dire en vertu d'une commission rogatoire, t. II, § **543**, note 12.

§ **995**. [1] Voy., sur la convocation des parties à l'enquête, *suprà*, § **993**.
[2] Voy., sur les causes possibles de reproche, *suprà*, § **992**, note 7.

l'enquête sont alors consignés dans un procès-verbal que rien n'empêche de dresser en l'absence des parties[3]; mais il paraît difficile d'entendre les témoins en l'absence des parties quand l'affaire est jugée en dernier ressort, car c'est le jugement même qui relate alors les dépositions, et comment juger en l'absence des parties? Si l'une d'elles était présente, on pourrait statuer par défaut[4]; mais comment faire si toutes deux sont absentes, et qu'il n'y ait personne pour demander jugement? Je crois cependant, pour trois raisons, qu'on peut passer outre : 1) l'article 36 prescrit, sans distinguer, d'entendre les témoins en présence des parties « si elles comparaissent », et ne fait pas de leur présence une condition *sine quâ non* de la validité de l'enquête; 2) le juge est suffisamment saisi par la première comparution des parties qui ont demandé l'enquête et cité les témoins; 3) les témoins cités pour un jour déterminé[5] ne sont pas tenus de se déranger une seconde fois; il ne dépend pas des parties d'arrêter, par négligence ou par mauvaise volonté, le cours de la justice, et le jugement sera contradictoire puisqu'elles auront comparu au début de l'instance[6]. Quant aux reproches, ils ne sont reçus après la déposition du témoin que s'ils sont justifiés par écrit[7], et ne peuvent, même alors, être formés pour causes antérieures à cette déposition[8]; mais il suffit de les mentionner au jugement s'il est rendu en dernier ressort, au lieu que, s'il est susceptible d'appel, les reproches doivent être formés par conclusions signées des parties et relatées au procès-verbal[9]. Le témoin justement reproché n'est

[3] Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 155. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 34.

[4] Voy., sur les jugements par défaut des juges de paix, le tome VI.

[5] Je n'en dirais pas autant de ceux qui se présentent sur invitation verbale (Voy., pour ceux-là, les auteurs cités *suprà*, § **993**, note 13).

[6] Carré, *op. et loc. cit.* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit. Contrà*, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 609.

[7] C'est le droit commun (Voy. *suprà*, § **832**). Le décret des 18-26 octobre 1790 voulait encore que les reproches pûssent être proposés « soit avant soit après « les dépositions » (Tit. IV, art. 3).

[8] C'est aussi le droit commun (Voy. *suprà*, § **832**). La partie qui ne viendrait pas à l'enquête, pour y faire valoir ses causes de reproche, serait presumée y avoir renoncé (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 618; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 161; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*).

[9] L'article 36, qui prescrit cette formalité, suppose nécessairement un procès-verbal, et ne s'applique, par conséquent, point au cas où l'affaire est jugée en

§ **990**. A. En principe, le juge de paix, compétent pour connaître de l'action, est aussi juge de l'exception et, par conséquent, des incidents qui peuvent se produire devant lui. C'est ainsi qu'il statue, d'abord, sur sa propre compétence, et connaît, en cette qualité, des difficultés relatives non-seulement à cet objet mais encore à la litispendance et à la connexité[1], à moins qu'elles ne se présentent sous la forme d'une demande en règlement de juges, car, le juge de paix ne pouvant lui-même se régler de juges[2], cette demande devrait être portée devant la juridiction immédiatement supérieure à lui et au tribunal avec lequel il serait en conflit : 1° devant le tribunal de première instance, s'il y avait conflit entre deux juges de paix du même arrondissement; 2° devant la cour d'appel, si le conflit existait entre deux juges de paix d'arrondissements différents mais du même ressort de cour d'appel, ou entre un juge de paix et le tribunal de son arrondissement; 3° devant la cour de cassation, si le conflit s'élevait entre deux juges de paix de deux ressorts différents de cour d'appel, ou entre un juge de paix et un tribunal de première instance qui ne ressortissent pas à la même cour[3]. Le juge de paix connaît de même et en vertu du même principe : 1° de l'exception de la caution *judicatum solvi*, et de celle du délai pour faire inventaire et délibérer toutes les fois que les qualités ne sont pas contestées[4]; 2° des demandes additionnelles et provisoires[5]; 3° des complications relatives à l'interruption de l'instance[6]; 4° de l'exception tirée de la nul-

§ **990**. [1] Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 470.

[2] Par application du principe posé t. II, § **740**.

[3] Art. 363. Voy., sur le conflit entre un tribunal de première instance et un juge de paix de son ressort, et sur la controverse qui s'élève dans cette hypothèse, t. II, *ib.*

[4] Voy., sur l'exception de la caution *judicatum solvi* en justice de paix, Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 469, Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 28; sur cette caution, en général, t. II, §§ **765** et suiv.; et, sur l'exception du délai pour faire inventaire et délibérer quand les qualités sont contestées, t. II, § **771**.

[5] Voy., sur la manière de les former devant le juge de paix, le § précédent.

[6] Il n'y a pas d'autre cause d'interruption d'instance en justice de paix : on ne peut assimiler à la cessation des fonctions de l'avoué, qui interrompt les instances pendantes devant les tribunaux de première instance (Voy. *suprà*, §§ **893** et **894**), l'expiration du pouvoir donné à une personne de comparaître au nom d'une partie. C'est à la partie qui a cru pouvoir se dispenser de comparaître en personne, et qui a usé du droit de mettre un intermédiaire entre le juge et elle, de veiller à l'exécution de son mandat, et de prévoir le cas où son mandataire

lité de la citation[7]; 5° de l'intervention volontaire[8], de l'appel en garantie[9], et de l'assignation en déclaration de jugement commun[10]; 6° des incidents relatifs à la preuve, excepté la vérification des écritures et l'inscription de faux[11], à savoir : *a*) l'exception qui tend à la communication des pièces[12]; *b*) la comparution personnelle que le juge de paix a le droit d'ordonner quand les parties ont cru devoir se faire représenter[13], sauf à tirer du refus de comparution telles conséquences qu'il appartiendra[14]; *c*) l'interrogatoire sur faits et articles[15];

se trouve dans l'impossibilité de le remplir (Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 476). On verra, d'ailleurs, au tome VI comment la loi protège ici le défendeur exposé à se voir condamner par défaut. Par contre, le décès d'une partie interrompt l'instance pendante en justice de paix, dès qu'il s'est produit et avant même qu'il ait été notifié : la disposition contraire de l'article 344 (Voy. t. II, § **894**) suppose une notification faite à l'avoué, représentant officiel de la partie adverse, lequel n'existe pas ici (Bourbeau, *op. et loc. cit.; contrà*, Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 39). L'article 345 est applicable en justice de paix (Bourbeau, *op. et loc. cit.;* voy., sur cet article, t. II, § **892**).

[7] Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 472. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 28. Je rappelle seulement que toutes les formalités de la citation ne sont pas requises à peine de nullité, et que les formalités substantielles sont les seules dont l'omission puisse la faire annuler (Voy. t. II, § **501**).

[8] Cette demande est aussi recevable en justice de paix que devant un tribunal de première instance (Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 480; Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 38; Bonnier, *op. cit.*, n° 881). Peut-elle être formée à l'audience? Je ne le crois pas, car cela aurait autant d'inconvénients qu'une demande incidente formée de cette manière entre les parties originaires (Voy., en ce sens, Bourbeau, *op. et loc. cit.;* et, en sens contraire, Rodière, *op. et loc. cit.*).

[9] Voy., sur ce point, *infrà*, § **999**.

[10] Je ne vois aucune raison pour l'écarter en justice de paix (Voy. Bourbeau, *op. et loc. cit.;* Bonnier, *op. et loc. cit.;* et, sur l'utilité de cette demande, *suprà*, § **598**).

[11] Voy., sur ces deux incidents, t. II, § **797** et suiv.

[12] La demande de communication de pièces est évidemment admissible en justice de paix, et le juge de paix saisi de la demande principale est naturellement compétent pour connaître de cet incident (Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 29).

[13] Circ. min. just. 6 juin 1838 (*Recueil officiel des circulaires et instructions du ministère de la justice, loc. cit.*). Bioche, *op. et v° cit.*, n° 164. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 44 *bis*. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n°s 465 et 519. Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 38.

[14] Le jugement rendu en pareil cas n'en sera pas moins contradictoire, puisque la partie aura comparu, comme c'est son droit, par un fondé de pouvoir (Bioche, *op. et loc. cit.*, n° 169; Carré, *op. et loc. cit.;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Bourbeau, *op. et loc. cit.;* comp. le § précédent).

[15] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 166. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 44 *quater*. Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 519. Rodière, *op. et loc. cit.* Toutefois, les formes tracées t. II, § **789**, pour cet interrogatoire sont incompatibles avec la simplicité de la procédure des juges de paix, et n'y sont, par conséquent, pas requises à peine de nullité (Civ. rej. 1er juill. 1868, D. P. 68. 1. 452; *contrà*, Carré, *op. et loc. cit.;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*).

d) l'enquête[16]; *e*) la descente sur lieux[17]; *f*) l'expertise[18]; *g*) le serment que les parties peuvent se déférer conformément aux principes généraux du droit[19], et que le juge de paix peut leur déférer d'office pourvu que la demande et la défense ne soient ni entièrement justifiées ni totalement dénuées de preuve[20].

§ **991**. Les incidents sur lesquels le juge de paix a le droit de prononcer sont soumis aux trois règles suivantes. 1° Il est interdit, par raison d'économie et à peine de rejet de la taxe[1], d'expédier et de signifier les jugements d'avant faire droit qui sont rendus en dernier ressort[2] et en présence des parties[3]; s'ils ordonnent une opération qui exige le concours de tierces personnes, une cédule de citation est délivrée pour les appeler; quant aux parties, le prononcé du jugement, qui indique le lieu, le jour et l'heure, vaut sommation pour elles d'y assister[4]. 2° Tous les incidents peuvent être joints au fond, même les exceptions d'incompétence, de litispendance et de connexité. Un tribunal de première instance devrait y statuer préalablement[5], car il n'aurait pas le droit de juger le fond alors que le jugement de ces incidents peut être immédiatement frappé d'appel et infirmé par la cour[6]. Au

[16] Voy. le § suivant.
[17] Voy. *infrà*, § **997**.
[18] Voy. *infrà*, § **996**.
[19] Voy. *suprà*, §§ **879** et suiv.
[20] Bourbeau, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit.*

§ **991**. [1] Et non à peine de nullité (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 242; Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 501; Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 26; Bonnier, *op. cit.*, n° 885).
[2] Les jugements en premier ressort peuvent être expédiés, parce qu'il est nécessaire d'en posséder le texte authentique pour pouvoir en interjeter appel (Bioche, *op. et v° cit.*, n° **244**).
[3] Aussi doivent-ils mentionner la présence des parties entre lesquelles ils sont rendus, et qui, en ayant nécessairement connaissance, n'ont pas besoin de se les signifier (Bioche, *op. et v° cit.*, n° **241**; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 137; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Bourbeau, *op. et loc. cit.*; Rodière, *op. et loc. cit.*). *Quid*, si, ayant comparu, elles ne se présentent pas à l'audience ultérieure à laquelle le prononcé du jugement a été renvoyé? Voy. *op. et v° cit.*, n° **243**; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 138; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Rodière, *op. et loc. cit.*
[4] Art. 28 à 30. C'est ainsi qu'on procède en matière d'enquête et d'expertise (Voy. le § suivant et *infrà*, § **996**). La cédule vaut signification du jugement (Bonnier, *op. cit.*, n° 886); mais cette formalité n'est pas prescrite à peine de nullité (Civ. cass. 9 nov. 1892; D. P. 93. 1. 212; S. 93. 1. 197).
[5] Voy. t. II, § **746**.
[6] Voy., sur les motifs, d'ailleurs controversés, de l'article 172, t. II, *ib.*

contraire, la loi du 25 mai 1838 interdit d'appeler, avant le jugement définitif, de celui par lequel le juge de paix est déclaré compétent[7]; rien n'empêche donc ce magistrat de joindre le déclinatoire au fond pour expédier plus promptement l'affaire, et de statuer sur le tout par un seul et même jugement[8] qui, sur le chef de la compétence, ne sera jamais qu'en premier ressort[9]. 3° Non-seulement les parties peuvent, suivant le droit commun, renoncer au bénéfice des formalités qui n'intéressent pas l'ordre public[10], mais encore leur consentement n'a pas besoin d'être écrit[11] : il peut être donné verbalement à l'audience[12], ou même résulter tacitement de ce qu'on a laissé passer, sans protester, l'omission d'une formalité qu'on eût eu le droit d'exiger[13]. L'enquête, l'expertise, la descente sur lieux et l'appel en garantie demandent seuls des explications particulières[14].

§ **992**. *a*. L'enquête est d'autant plus fréquente en justice de paix que l'intérêt du litige est souvent inférieur au chiffre de 150 francs[1], au-dessous duquel la preuve par témoins est de droit[2]. Aussi est-il loisible au juge de paix d'ordonner cette preuve à la demande des parties ou même

[7] Art. 14. Voy., sur ce point, le tome VI.

[8] Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 471. Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 28. *Contrà*, trib. de Bordeaux, 21 févr. 1894 (D. P. 95. 2. 33).

[9] Les jugements rendus sur la compétence sont toujours susceptibles d'appel (Voy., sur ce point, le tome V).

[10] Voy., sur ce principe, t. II, § **503**.

[11] Il en est différemment dans le cas où les parties se présentent volontairement devant un juge de paix incompétent, ou prorogent les pouvoirs du juge de paix compétent (Art. 7; voy. t. III, §§ **403** et **404**).

[12] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 147. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 32. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Voy., sur la convention par laquelle les parties sollicitent le jugement au juge de paix ou prorogent sa compétence, *suprà*, § **987**.

[13] Il en est ainsi dans la procédure ordinaire (Voy. t. II, § **503**) et, à plus forte raison, dans celle-ci.

[14] Un juge de paix peut donner commission rogatoire pour procéder à une mesure d'instruction nécessitée par un procès porté devant lui (Voy., sur les commissions rogatoires, t. II, § **543**), mais il n'en peut jamais donner à un magistrat plus élevé que lui : il n'en peut donc charger qu'un de ses collègues (Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 171 *bis*; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 520; Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 38).

§ **992**. [1] Voy., sur la compétence *ratione materiæ* des juges de paix, t. II, §§ **421** et suiv.

[2] Voy., sur ce point et sur les questions qui s'y rattachent, *suprà*, §§ **820** et suiv.

dernier et des témoins occasionne des frais qu'on n'a pas le droit d'imposer aux parties, on ne les taxe, ainsi qu'il est dit au § précédent, qui si ce transport a été requis par les parties ou par l'une d'elles, et si le jugement en fait mention[3]. On voit par-là combien est inexacte l'opinion d'après laquelle le cumul de l'expertise et de la descente sur lieux serait obligatoire, en ce sens que les experts ne pourraient jamais opérer qu'en présence du juge[4]. S'il en était ainsi, le juge ne pourrait ordonner l'expertise que sur la demande des parties ou en payant les frais de son propre déplacement, et se trouverait ainsi dans l'alternative de se mettre personnellement en frais ou de juger sans connaissance de cause[5].

§ **999**. *e*. La partie qui a le droit d'appeler garant[1] le fait soit dès qu'elle est citée, soit en comparaissant pour la première fois, soit même plus tard, pourvu que le droit à la garantie ou l'utilité de l'exercer ne se soient pas révélés de prime-abord, et que l'appel du garant ne soit pas un expédient pour retarder le paiement de la demande principale[2]. Dans le premier cas, le garanti demande, en comparaissant, un sursis suffisant pour que son garant puisse se présenter[3]; dans les autres cas, le juge lui accorde le temps nécessaire pour qu'il ait le temps de citer le garant, et pour que celui-ci ait le temps

[3] Voy., sur ce point, Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 179; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*: Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 35.

[4] Voy., en ce sens, Thomine-Desmazures, *op. cit.*, t. I, p. 115.

[5] Art. 38 et 42. D. 16 févr. 1807, art. 8. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 172 *ter*. Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 517. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 35. Bonnier, *op. cit.*, n° 897. Req. 20 juillet 1837 (D. A. v° *Excès de pouvoir*, *loc. cit.*). Req. 3 mai 1868 (D. P. 69. 1. 300). Req. 2 déc. 1868 (D. P. 71. 5. 176).

§ **999**. [1] L'article 32 dit *le défendeur*, mais on sait (Voy. *suprà*, § **942**) que le demandeur peut aussi appeler garant, et les règles qui vont être indiquées conviennent également à cette hypothèse (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 192 et 200; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 143 *bis* et 145 *bis*; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit*; Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 474). Le projet de 1894 rectifie, sur ce point, l'article 32 (P. 19).

[2] Voy., sur cette hypothèse, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 186; Bourbeau, *op. et loc. cit.* S'il a donné à son garant un trop long délai pour comparaître, le juge de paix, a le droit de l'abréger (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 191).

[3] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 190. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 143. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*

de comparaître[4] : le tout fixé conformément à l'article 5[5]. La citation donnée au garant est rédigée le plus simplement possible, sans signification des pièces à l'appui ni notification du jugement qui ordonne sa mise en cause[6]. Si le garanti n'a pas demandé cette mise en cause à sa première comparution, s'il a tardé à citer le garant, s'il lui a donné pour comparaître un trop long délai, ou si ce dernier ne comparaît pas au jour qui lui a été fixé[7], le juge de paix n'est pas tenu d'attendre, et peut faire immédiatement droit sur la demande principale, sauf à statuer ensuite sur la demande en garantie dont la mise en cause, quoique tardive, l'a régulièrement saisi[8]. Si même il arrivait que, le garant s'étant présenté au dernier moment, les deux demandes fûssent en état d'être jugées ensemble, le juge de paix aurait le droit, il ferait même bien de les juger simultanément[9]. Ces règles s'appliquent également au cas de sous-garantie[10].

§ **1000**. B. Les défenses et incidents dont le juge de paix n'est pas juge sont : 1° les questions de propriété immobilière, les contestations relatives à la qualité des parties, et

[4] Ce sursis ne peut lui être refusé (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 187; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 143 *ter;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.; contrà*, Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 29).

[5] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 189. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 143 *quater* et *quinquies*. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. cit.*, n° 888. Il n'est cependant pas défendu de proroger ce délai si les circonstances l'exigent (Bonnier. *op. et loc. cit.*).

[6] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 185. Le projet de 1894 confirme cette solution, et dispense même de rendre un jugement pour ordonner la mise en cause du garant : il suffira d'indiquer sur la feuille d'audience le délai qui lui est fixé pour comparaître (*Loc. cit.*).

[7] Voy., sur la manière de justifier que le recours en garantie a été réellement formé, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 190 ; Carré, *op. cit.*, t. I, n° XXVI ; Bourbeau, *op. et loc. cit.* Comp. *suprà*, §§ **944** et suiv.

[8] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 196 et 198. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 145 et 146. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. cit.*, n° 889.

[9] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 197. Bourbeau, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. et loc. cit.* Voy. dans le même sens le projet de 1894 (*Loc. cit.*).

[10] Art. 32 et 33. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 193. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 144. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit.* Les autres règles de la garantie, notamment la distinction de la garantie formelle et de la garantie simple (Voy. *suprà*, §§ **949** et suiv.), s'appliquent aussi en justice de paix (Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 143 *sexies;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*

les demandes reconventionnelles qui relèvent par leur nature ou par leur chiffre de la compétence des tribunaux de première instance — j'ai dit aux §§ **450** et suivants quelle conduite il doit tenir en pareille matière — 2° sa propre récusation, sur laquelle il ne pourrait statuer lui-même sans manquer à toutes les convenances.

a. Les causes de récusation sont moins nombreuses en ce qui le concerne que pour les membres des tribunaux de première instance[1], à raison du caractère paternel de cette juridiction, et de l'inconvénient de récusations trop fréquentes qui, s'adressant à un juge unique, produiraient nécessairement tous les effets d'un renvoi[2]. « Les juges de paix « pourront être récusés : 1) quand ils auront intérêt person- « nel à la contestation; 2) quand ils seront parents ou alliés « d'une des parties jusqu'au degré de cousin germain inclu- « sivement; 3) si, dans l'année qui précède la récusation, il « y a eu procès criminel entre eux et l'une des parties, ou « son conjoint, ou ses parents et alliés en ligne directe; 4) s'il « y a procès civil existant entre eux et l'une des parties « ou son conjoint; 5) s'ils ont donné un avis écrit dans « l'affaire »[3].

b. La demande de récusation se porte, comme la demande en renvoi dont je viens de dire qu'elle est l'équivalent dans l'espèce, au tribunal de première instance du ressort[4]. Quand le juge de paix, sachant qu'il y a cause de récusation en sa personne, ne s'est pas spontanément abstenu[5], que le récusant a

§ **1000.** [1] Voy., quant à ces derniers, t. II, §§ **754** et suiv. Le projet de 1894 rend, au contraire, communes aux juges de paix toutes les causes de récusation des autres magistrats (P. 23).

[2] Voy., sur le renvoi, t. II, §§ **747** et suiv.

[3] Art. 44.

[4] Voy. t. II, § **750**.

[5] Il en a toujours le droit (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 268 et 270; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 192; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 529; Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 31; crim. cass. 14 déc. 1824, D. A. v° *Récusation*, n° 11); mais rien ne l'y force, et il juge valablement s'il était récusable mais n'a pas été récusé (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 269; Carré, *op. et loc. cit.;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Bourbeau, *op. et loc. cit.;* Rodière, *op. et loc. cit.;* civ. cass. 21 avr. 1812, D. A. *v° cit.*, n° 89). *Quid* cependant, s'il était soit juge et partie, soit conjoint ou parent en ligne directe d'une partie? Voy. Bourbeau, *op. et loc. cit.;* Rodière, *op. et loc. cit.* Devant qui l'affaire sera-t-elle portée en cas d'abstention du juge de paix? Voy. *infrà*, note 20.

fait signifier[6] son acte de récusation[7] au greffe[8] par ministère d'huissier[9], que le juge de paix en a reçu communication[10], et qu'il y a répondu par un refus de s'abstenir ou laissé passer deux jours sans y répondre[11], l'acte de récusation est envoyé[12] au procureur de la République près le tribunal de première instance du ressort, qui saisit ce tribunal[13], et fait juger la récusation dans la huitaine[14] sur ses conclu-

[6] La récusation verbale à l'audience est interdite : ce serait manquer de respect à un magistrat que de lui signifier en face qu'on n'a pas confiance en lui, et qu'on ne veut pas l'avoir pour juge (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 263; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 196; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 530; Rodière, *op. et loc. cit.;* comp., sur la manière de récuser les membres des tribunaux de première instance, t. II, § **761**). Si une partie se trouvait à l'improviste en présence d'un juge récusable, mais sur l'abstention duquel elle croyait pouvoir compter, elle demanderait le renvoi à une autre audience, et, dans l'intervalle, ferait signifier sa récusation ainsi qu'il va être dit (Bourbeau, *op. et loc. cit.;* Rodière, *op. et loc. cit.*). Il n'y a pas de délai pour exercer le droit de récusation, mais il faut le faire avant que le débat s'engage, à moins que la cause de récusation ne se produise après ce moment : dans ce cas, on peut l'invoquer jusqu'au jugement (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 264, 265 et 271; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 197 et 205; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*, Rodière, *op. et loc. cit.;* trib. de Strasbourg, 27 janv. 1870, D. P. 71. 3. 53).

[7] Motivé, et signé de lui ou de son fondé de pouvoir (Art. 45) : le récusant qui ne peut signer est tenu de constituer un mandataire (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 262; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 195; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Rodière, *op. et loc. cit.*).

[8] Et non pas au juge lui-même, par égard pour lui (Voy. t. II, § **761**). L'original est visé par le greffier (Art. 45) et déposé, à son refus, au parquet du procureur de la République où il est visé (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 260; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 194; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*).

[9] « Par le premier huissier requis » dit l'article 45. Si les huissiers du canton refusaient d'instrumenter ainsi contre le juge de paix, ils encourraient des peines disciplinaires (D. 18 juin 1811, art. 85; D. 14 juin 1813, art. 42). Le projet de 1894 autorise les parties à former la récusation en personne par déclaration au greffe (*Loc. cit.*).

[10] « La copie sera déposée au greffe, et communiquée immédiatement au juge par le greffier » (Art. 45).

[11] S'il acquiesce à la récusation, tout est dit : il ne peut plus se rétracter, et l'adversaire du récusant ne peut le sommer de juger (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 273, 274 et 277; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 198 et 201; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*). Cet acquiescement peut n'être pas constaté par un jugement (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 276). Si le juge conteste la récusation ou n'y répond pas, il doit s'abstenir de connaître de l'affaire depuis que l'acte de récusation lui a été communiqué, et jusqu'à ce que la récusation soit jugée ainsi qu'il sera dit ci-après (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 266 et 267; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 193 et 193 *bis;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Rodière, *op. et loc. cit.;* civ. cass. 30 mars 1896, D. P. 97. 1. 260). Pour les mesures urgentes, on s'adresserait par la voie du référé au président du tribunal (Rodière, *op. et loc. cit.*; voy., sur cette procédure, le tome VIII).

[12] Non pas d'office par le greffier, mais seulement à la poursuite de la partie la plus diligente (Art. 47; Bioche, *op. et v° cit.*, n° 279; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 200; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*).

[13] Art. 47.

[14] Si le tribunal laisse passer ce délai sans se prononcer, on procède confor-

sions[15], les parties présentes ou en leur absence[16], et en dernier ressort[17]. Si la récusation est admise, la demande principale est portée devant l'un des suppléants du juge de paix; s'ils sont tous empêchés ou également récusables, elle est renvoyée devant un autre juge de paix, que le tribunal désigne parmi ceux de l'arrondissement[18]; si la récusation est rejetée, le juge de paix définitivement saisi passe outre au jugement[19]. Il faut donc, pour que la justice de paix du canton soit dessaisie : 1) que la récusation du juge de paix soit admise; 2° que tous ses suppléants soient hors d'état de juger à sa place[20].

mément à l'article 507 relatif au déni de justice (Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 203 *ter;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* comp., sur l'article 507, t. I, § **144**), mais l'article 396 n'est pas applicable (Voy. *infrà*, note 16; et, sur cet article, t. II, § **762**).

[15] C'est-à-dire que l'affaire lui est communicable (Art. 47; comp. t. I, § **202**).

[16] « Sans qu'il soit besoin d'appeler les parties » (Art. 47). Le tribunal appréciera s'il vaut mieux les entendre ou juger en leur absence (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 280; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 202; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*); mais, comme il a le droit de statuer sans elles, le récusant ne peut être rendu responsable du retard apporté à la solution de cet incident; en d'autres termes, l'article 396 n'est pas applicable à cette hypothèse (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 281; comp., sur l'article 396, t. II, § **762**, et *suprà*, note 14). Il n'en est pas de même des articles 394 et 395; ils s'appliquent aussi bien à la récusation des juges de paix qu'à celle des magistrats qui composent le tribunal de première instance (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 283; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 203; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*). La preuve testimoniale est toujours admise en matière de récusation (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 255; comp. t. II, § **762**).

[17] La récusation des membres du tribunal de première instance n'est jamais jugée qu'à charge d'appel (Voy. t. II, § **763**).

[18] Voy., sur l'application de la loi du 26 ventôse an XII qui contient cette disposition (Art. 1), Bioche, *op. et v° cit.*, n° 287; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 198 *bis;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 531; Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 32.

[19] Le juge de paix pourra, conformément à l'article 390, demander des dommages-intérêts à la partie qui l'aura récusé mal à propos, mais l'amende prononcée contre elle par cet article ne s'applique pas en justice de paix : les peines ne s'étendent point, par analogie, d'un cas à un autre (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 284; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 205 *bis;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Bourbeau, *op. et loc. cit.;* Rodière, *op. et loc. cit.;* trib. de Strasbourg, 27 janv. 1870, D. P. 71. 3. 53). La prétention contraire de la régie de l'enregistrement (Circ. 6 juin 1831; D. A. *v° cit.*, n° 164) ne saurait être admise (Voy., sur l'article 390, t. II, § **762**). Le projet de 1894 applique en justice de paix l'amende actuellement prononcée par l'article 390 (*Loc. cit.*).

[20] Art. 45 et 47. L. 26 vent. an XII, art. 14. Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 532. Rodière, *op. et loc. cit.* Même solution en cas d'abstention volontaire du juge : l'affaire doit être portée devant un de ses suppléants, et, à leur défaut, devant le juge d'un autre canton du même arrondissement désigné par le tribunal de première instance (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 274; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 199; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*).

§ **1001**. Toutes les affaires de la compétence des juges de paix s'instruisent dans la même forme, mais les conditions spéciales de recevabilité des actions possessoires, l'exclusion presque absolue de la garantie incidente en cette matière, et surtout la défense de cumuler le possessoire et le pétitoire, donnent à ces actions une physionomie particulière[1].

§ **1002**. A. Il ne s'agit pas ici des conditions générales de recevabilité des actions possessoires, des objets dont la possession est ainsi garantie, des qualités que cette possession doit offrir, du temps qu'elle doit avoir duré, et des faits qui peuvent donner lieu à ces actions : ces divers points ont été amplement expliqués aux §§ **350** et suivants. Il s'agit de deux règles plus spéciales : l'une empruntée à l'ancienne jurisprudence et généralement admise aujourd'hui; l'autre formellement écrite, du moins en partie, dans l'article 26.

§ **1003**. *a*. La première, qui se formulait autrefois ainsi : « Complainte sur complainte ne vaut », signifiait : 1° que le demandeur en complainte, ayant succombé dans sa demande et possédé depuis durant un an et un jour, ne peut, en cas de nouveau trouble, intenter une autre complainte; 2° qu'un tiers, se prétendant possesseur d'une chose dont la possession est également litigieuse entre deux autres parties, ne peut agir directement en complainte contre aucune d'elles, mais seulement intervenir dans le procès qui les divise[1]. La première de ces solutions ne fait aucun doute, car le demandeur, resté en possession après l'insuccès de sa complainte, n'a plus possédé que par tolérance et, dès lors, précairement[2]; la seconde

§ **1001**. [1] Voy., sur la théorie générale des actions possessoires, t. I, §§ **350** et suiv. Je ne parlerai dans les §§ suivants que de la complainte et de la réintégrande, mais je rappelle que le mot *complainte* comprend la dénonciation de nouvel œuvre, qui se confond presque entièrement avec la complainte (Voy. t. I, §§ **352** et **365**).

§ **1002**...

§ **1003**. [1] Imbert, *Practica forensis*, liv. I, ch. XVI, n° 11 (P. 94). Aj. Bioche, *op. cit.*, v° *Action possessoire*, n° 317; Favard de Langlade, *op. cit.*, v° *Complainte*, sect. I, § V; Henrion de Pansey, *op. cit.*, p. 430.

[2] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 315 et 318. Voy., sur la possession précaire et sur les conséquences de la précarité en matière d'actions possessoires, t. I, §§ **365** et **366**. Il ne faut pas confondre avec cette question celles de savoir : 1° si la complainte

est à bon droit contestée, car on ne voit pas de motif, la tradition à part, pour repousser la complainte formée par un tiers contre des parties déjà engagées dans un procès de même nature; l'intervention serait certainement plus simple, mais une demande principale par voie de citation est également recevable[3].

et la réintégrande peuvent être réunies dans la même instance; 2° si le demandeur qui a succombé dans la réintégrande peut agir ensuite en complainte; 3° si, *vice versâ*, le demandeur qui a échoué dans la complainte peut former ensuite la réintégrande. Ces trois questions, qui se tiennent, doivent se résoudre ainsi qu'il suit. 1° Cumuler la complainte et la réintégrande dans la même instance, ce serait permettre au défendeur à la réintégrande d'exciper de sa possession annale, pour échapper à l'obligation de remettre les choses en état et de réparer le dommage causé par ses propres voies de fait; ce serait, en d'autres termes, lui permettre de repousser la réintégrande, sous prétexte que le demandeur ne justifie pas d'une année de possession. Cette prétention est-elle fondée? Cela dépend du parti qu'on prend sur la controverse exposée t. I, § **368** : le défendeur est dans son droit, si la réintégrande exige pour réussir les mêmes conditions que la complainte, spécialement la possession annale; la prétention du défendeur est mal fondée, si l'on admet, avec la jurisprudence, que le demandeur en réintégrande n'a point à justifier de cette condition. On concédera, d'ailleurs, dans ce dernier système : 1) que le juge de paix n'est pas tenu de s'attacher à la lettre de la citation, et qu'il a le droit d'examiner si les faits présentés comme caractéristiques d'une spoliation ne sont pas, en réalité, de simples troubles, et si, par conséquent, l'action portée devant lui n'est pas une complainte dont le succès exige la possession annale; 2) que le demandeur en réintégrande peut accepter le débat sur la question de possession annale, que le juge de paix se trouve alors valablement saisi, et que le consentement du demandeur transforme ainsi la réintégrande en complainte. 2° Le demandeur en réintégrande qui a succombé dans sa demande ne peut agir ensuite en complainte : 1) dans le système admis par la jurisprudence, car, ayant échoué dans une action où il n'a ni établi ni même invoqué la possession annale, il peut réussir dans une autre action où il prouvera qu'il a possédé pendant un an; 2) même dans l'opinion contraire, car, ayant argué inutilement dans une première instance de la dépossession violente qu'il disait avoir subie, il peut, sans contredire aucunement la chose jugée, alléguer dans un second procès des troubles de fait et de droit qui n'ont pas constitué la dépossession. Toutefois, il en serait différemment s'il avait consenti à ce que le défendeur à la réintégrande fît porter le débat sur la durée de la possession, car, ayant laissé la réintégrande dégénérer ainsi en complainte, il ne pourrait plus intenter cette dernière action. 3° Le demandeur qui a succombé dans sa complainte peut encore agir en réintégrande, si l'on admet, conformément à la jurisprudence, que le succès de cette dernière n'exige pas la possession annale, car, ayant échoué dans la complainte faute d'avoir justifié de cette possession, il peut encore triompher dans la réintégrande où il n'est pas tenu de faire cette preuve. Si, au contraire, la complainte et la réintégrande exigent l'une et l'autre que le demandeur ait possédé pendant un an, celui-ci ne pourra pas intenter la complainte après la réintégrande, car, en jugeant dans cette dernière qu'il n'a pas été dépouillé violemment, le juge de paix a décidé, *à fortiori*, qu'il n'a pas été troublé (Voy., sur ce point, Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 132 *bis;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 426; req. 12 août 1874. D. P. 76. 1. 501).

[3] Voy., en ce sens, Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 122; et, en sens contraire, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 317, Favard de Langlade, *op.*, *v° et loc. cit.*, Carré, *op. et loc. cit.*. Henrion de Pansey, *op. et loc. cit.* Cette question ne présente pas un grand intérêt, si l'on admet avec moi que l'intervention ne peut être formée

§ **1004**. *b*. L'article 26 a plus d'importance : « le de-« mandeur au pétitoire ne sera plus, dit-il, recevable à agir au « possessoire ». Cette fin de non-recevoir[1] écarte celui qui, pouvant agir en complainte ou en réintégrande a, soit à dessein soit par erreur, intenté la revendication devant le tribunal de première instance[2]. On peut l'expliquer de deux manières, et il n'est pas indifférent d'adopter l'une ou l'autre : 1° par l'ancienne règle « *Und viâ electâ non datur regressus ad alte-« ram* »[3]; 2° par une reconnaissance implicite de la possession du défendeur[4]. Si l'on s'attache à la première idée, on en conclura que le demandeur au pétitoire peut encore agir au possessoire en se désistant de son action pétitoire[5], s'il l'a formée devant un juge incompétent[6], ou si de nouveaux troubles surviennent depuis sa demande[7]. Son désistement

à l'audience du juge de paix, mais seulement par un exploit qui ne diffère guère d'une citation en complainte (Voy., sur ce point, *suprà*, § **990**, note 8). Dans tous les cas, la complainte une fois jugée, l'intervention n'aurait plus d'objet, et le tiers qui prétendrait avoir droit à la possession ne pourrait qu'intenter une nouvelle complainte contre celle des deux parties qui l'aurait emporté dans la première (Bioche, *op.*, *v° et loc. cit.*). L'assignation en déclaration de jugement commun est admise en matière possessoire, aussi bien que l'intervention volontaire (Req. 20 avr. 1808, D. A. *v° cit.*, n° 675, voy., sur cette demande, *suprà*, § **958**).

§ **1004**. [1] Elle n'existait pas en droit romain. « *Nihil commune habet pro-« prietas cum possessione, et ideo non denegatur ei interdictum* Uti possidetis « *qui cœpit rem vindicare; non enim videtur possessioni renunciâsse qui rem « vindicavit* » (Dig., L. 12, § 1, *De adq. vel. am. poss.*, XLI, II; comp. t. I, § **344**, note 9). Cette fin de non-recevoir peut-elle être opposée d'office? Je le crois : le juge de paix est en quelque sorte incompétent *ratione materiæ* pour décider sur la possession lorsqu'il y a déjà jugement sur le fond du droit (Voy., sur cette incompétence et sur les conséquences qui en résultent, t. II, §§ **400** et suiv.).

[2] Est-ce à dire qu'on reconnaisse la possession annale de son adversaire par cela seul qu'on a agi contre lui au pétitoire? Voy., pour la négative, civ. cass. 13 juill. 1886 (D. P. 87. 1. 74); req. 22 févr. 1888 (D. P. 88. 1. 387). Je me place dans l'hypothèse la plus simple; mais l'article 26 s'appliquerait également au demandeur qui aurait introduit une action confessoire ou négatoire à raison d'une servitude susceptible de donner lieu à une action possessoire (Voy., sur les actions possessoires en fait de servitudes, t. I, § **356**).

[3] Voy., sur cette règle, t. I, § **375**.

[4] Voy., en ce sens, Aubry et Rau, *op. cit.*, 5e éd., t. II, p. 208; Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 375 et suiv.; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 127 et 128; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Bourbeau, *op. cit.*, t. VIII, n° 406; Rodière, *op. cit.*, p. 80; Bonnier, *op. cit.*, n° 924; Henrion de Pansey, *op. cit.*, p. 467 et suiv. On verra aux notes suivantes que, d'accord sur le principe, tous les auteurs ne s'entendent pas sur ses conséquences, et que leurs solutions manquent parfois de logique.

[5] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 375. Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, n°s 406 et 408.

[6] Req. 7 mars 1866 (D. P. 66. 1. 391).

[7] Aubry et Rau, *op. et loc. cit.* Bioche, *op. et v° cit.*, n° 379. Carré, *op. cit.*

l'efface[8]; l'incompétence du tribunal où elle a été portée la rend en quelque sorte non avenue[9]; les nouveaux troubles qui viennent de se produire donnent naissance à une nouvelle action qui n'a pu s'éteindre avant de naître. Si l'on s'arrête à la seconde explication, les conséquences seront tout autres : on dira que le demandeur au pétitoire, ayant renoncé à l'action possessoire[10] ou reconnu — ce qui revient au même — qu'il n'avait pas le droit de l'exercer, ne peut plus agir au possessoire en se désistant de son action pétitoire[11], en alléguant l'incompétence du tribunal qu'il en a saisi[12], ou en prétextant des troubles postérieurs à l'introduction de cette demande[13]. Je ne puis voir dans l'article 26 une application de la règle « *Unâ viâ electâ non datur regressus ad alteram* », dont on a vu au § **375** que je n'admets pas l'existence dans le droit actuel; on comprendrait, d'ailleurs, difficilement que le demandeur au pétitoire eût renoncé, s'il se fût cru des droits à la possession, aux avantages considérables de la voie possessoire[14]. Il ne faut cependant rien exagérer : on n'est pas demandeur au pétitoire et, par conséquent, non-recevable au possessoire pour avoir simplement choisi des arbitres[15], introduit un référé[16], cité son adversaire en conciliation[17], agi au criminel à raison des voies de fait qu'il s'est permises[18],

t. II, quest. 128. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 407. Rodière, *op. et loc. cit.* Henrion de Pansey, *op. et loc. cit.* Req. 7 août 1817, 17 avr. et 24 juill. 1837 (D. A. *v° cit.*, n° 621). Civ. cass. 6 août 1845 (D. P. 45. 1. 396). Req. 6 août 1863 (D. P. 63. 1. 464). Civ. cass. 15 janv. 1894 (S. 94. 1. 132).

[8] Voy. sur l'effet du désistement, le tome VII.

[9] Sauf que la demande formée devant un juge incompétent interrompt quand même la prescription (Voy. t. I, § **288**; t. II, § **667**).

[10] A l'action possessoire, mais non pas à la possession (Voy. Dig., L. 12, § 1, *De adq. vel am. poss.*, XLI, II, citée *suprà*, note 1).

[11] Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 127. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*

[12] Civ. rej. 15 nov. 1865 (D. P. 66. 1. 116). Req. 22 juin 1897 (D. P. 97. 1. 560; S. 98. 1. 320).

[13] Bonnier, *op. et loc. cit.*

[14] Voy., sur les avantages de la possession en général, t. I, § **341**; et, particulièrement, au point de vue de la preuve, t. II, n° **699**.

[15] Req. 27 juin 1843 (D. A. *v° cit.*, n° 627). Civ. cass. 26 mars 1868 (D. P. 69. 1. 83). Voy., sur l'arbitrage, le tome VIII.

[16] Req. 7 mars 1866 (D. P. 66. 1. 381). Voy., sur le référé, le tome VIII.

[17] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 376. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 127 *bis*. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 406. Req. 24 mars 1868 (D. P. 69. 1. 83).

[18] Bourbeau, *op. et loc. cit.* Voy. cep. civ. rej. 18 août 1823 (D. A. *v° cit.*, n° 625). Il en est de même si, poursuivi en police correctionnelle pour voies de

ou pris part, comme intervenant, à un procès pétitoire déjà pendant entre d'autres parties[19]. Quant au défendeur au pétitoire, rien ne l'empêche d'agir au possessoire, car l'article **26** ne concerne que le demandeur, et il n'est pas admissible qu'on prive le possesseur des avantages du possessoire en prenant les devants et en se hâtant de l'actionner en revendication[20].

§ **1005**. B. On a tort de poser en principe, comme on le fait généralement, que les actions possessoires ne donnent pas lieu à garantie « parce qu'il ne s'agit point du fond du « droit, mais d'un fait dont la garantie ne peut être due « même par celui qui serait garant du fond du droit »[1]. On oublie, en raisonnant ainsi, deux choses : la première, c'est que l'action possessoire n'est pas toujours motivée par un trouble de droit, et qu'elle peut aussi se produire à l'occasion d'un trouble de fait[2]; la seconde, c'est que le trouble de fait lui-même ne consiste pas dans des actes purement matériels, et suppose chez celui qui le commet une prétention contraire aux droits d'autrui[3]. Le fermier qui intente la complainte ou la réintégrande contre un soi-disant propriétaire qui l'a expulsé ou seulement troublé dans sa possession, et aussi le fermier qu'un tiers a actionné au possessoire en délaissement de l'immeuble loué, peuvent donc agir en garantie contre leur bailleur conformément à l'article **1727** du Code civil : « Si ceux qui ont commis des voies de fait prétendent avoir « droit sur la chose louée, ou si le preneur est lui-même cité « en justice pour se voir condamner au délaissement de la

fait exercées contre un possesseur, on s'est pourvu à fins civiles devant le tribunal de première instance, au lieu d'agir au possessoire devant le juge de paix (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 377; civ. cass. 10 janv. 1827, D. A. *v° cit.*, n° 92).

[19] Civ. cass. 1er déc. 1880 (D. P. 81. 1. 121). Voy., sur l'intervention en matière possessoire, le § précédent.

[20] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 381. Aubry et Rau, *op. et loc. cit.* Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 128. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 410. Bonnier, *op. et loc. cit.* Civ. cass. 8 avr. 1823; req. 30 mars 1830 (D. A. *v° cit.*, n° 630). Req. 19 avr. 1869 (D. P. 69. 1. 324).

§ **1005**. [1] Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 121. Aj., dans le même sens, Bioche, *op. et v° cit.*, nos 312 et 313, Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*, Henrion de Pansey, *op. cit.*, p. 366; et, dans l'ancien droit, Duparc-Poullain, *op. cit.*, t. VIII, p. 91.

[2] Voy. t. I, § **351**.

[3] Voy. *ib.* et, particulièrement, la note 7.

« totalité ou de partie de cette chose, ou à souffrir l'exercice « de quelque servitude, il doit appeler le bailleur en garan- « tie, et doit être mis hors d'instance, s'il l'exige, en nommant « le bailleur pour lequel il possède »[4]. Il en est de même de l'acheteur troublé dans la possession de l'immeuble vendu, violemment chassé de cet immeuble, ou actionné au possessoire pour se voir condamner à le délaisser : ces événements constituent pour lui un trouble de nature à provoquer son recours en garantie[5]. Le juge du possessoire est compétent pour statuer sur la garantie, à moins qu'elle ne soit contestée, car alors le fond du droit serait en jeu, et devrait être porté devant le tribunal de première instance : la demande principale et la demande en garantie seraient disjointes, et le juge du possessoire ne connaîtrait que de la première; mais le garanti conserverait le bénéfice de la seconde, et n'aurait pas à redouter l'application de l'article 1640 du Code civil[6].

§ **1008**. C. Le cumul du possessoire et du pétitoire a toujours été défendu en droit français[1], mais cette règle n'a plus

[4] Voy., sur cet article et sur la garantie due, en général, par le bailleur au fermier, *suprà*, §§ **940** et **942**. Voy. aussi, dans le même sens, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 313; Carré, *op. et loc. cit.;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Henrion de Pansey, *op. et loc. cit.;* req. 21 janv. 1809 (D. A. v° *Degrés de juridiction*, n° 606). Je rappelle que l'action en garantie compète, suivant les cas, au demandeur ou au défendeur (V. *suprà*, § **942**).

[5] Req. 21 janv. 1809 (D. A. v° *et loc. cit.*). Il n'est donc pas besoin, pour faire fonctionner l'action en garantie de l'acheteur contre son vendeur en matière possessoire, de recourir aux hypothèses compliquées que les auteurs cités à la note précédente empruntent à Duparc-Poullain (*Op. et loc. cit.*) : un acheteur actionné au possessoire à raison du trouble causé par son vendeur à la possession d'un tiers, ou qui se voit contester la possession de son vendeur, alors qu'il prétend la joindre à la sienne pour compléter l'année de possession nécessaire pour pouvoir agir au possessoire (Voy., sur la jonction des possessions, t. I, § **365**).

[6] Voy., sur cet article, *suprà*, § **942**.

§ **1006**. [1] Il était permis en droit romain : « *Is qui destinavit rem petere « animadvertere debet an aliquo interdicto nancisci possit possessionem, quia « longe commodius est ipsum possidere et adversarium ad onera petitoris com- « pellere quam alio possidente petere* ». (Dig., L. 24, *De reiv.* VI, I; aj. *ib.*, L. 12. § 1, *De adq. vel am. poss.*, XLI, II ; comp. t. I, § **344**, note 9). Voy. cep. Inst. Just., liv. IV, tit. XV, § 4 : « *Retinendæ possessionis causâ comparata sunt interdicta « Uti possidetis et Utrubi, quum ab utrâque parte de proprietate alicujus rei « controversia sit, et ante quæritur uter ex litigatoribus possidere et uter pe- « tere debeat; namque, nisi exploratum fuerit utrius eorum possessio sit, non « potest petitoria actio institui, quia et civilis et naturalis ratio facit ut alius « possideat alius a possidente petat* ».

aujourd'hui le sens qu'on lui donnait dans l'ancienne jurisprudence[2]. Autrefois que les justices de paix n'existaient pas[3], et que la réintégrande et la complainte se portaient devant les mêmes juges que la revendication[4], la défense de cumuler ces actions signifiait que le possessoire et le pétitoire ne pouvaient se joindre dans la même demande, s'instruire dans la même instance, et se décider par le même jugement[5]. Aujourd'hui qu'il y a pour ces deux procès une compétence distincte, que l'un se porte en premier ressort au juge de paix et l'autre au tribunal de première instance, et que ce dernier ne connaît du possessoire qu'en cause d'appel[6], la règle que « le possessoire et le pétitoire ne seront jamais cumulés[7] » emporte trois conséquences : 1° on ne doit porter ni l'action possessoire devant le tribunal de première instance, excepté en appel, ni l'action pétitoire devant le juge de paix; 2° si l'action possessoire est déjà pendante ou déjà jugée, le défendeur ne peut se pourvoir au pétitoire qu'après le jugement

[2] Elle est très ancienne dans la jurisprudence civile. Beaumanoir la pose dès le XIIIe siècle : « Pierre dist que Jehans l'a dessaisi de novel de l'iretage dont « il avoit esté en saisine an et jor, et puis dist dix ans, vingt ans ou de tel tans « que le coze lui est acquise par longe tenure. Et quant tex cas avient..... aura « Pierre renoncié à l'establissement que li rois a fet de noveles dessaisines, porce « qu'il fonda le plet sor le propriété » (*Op. cit.*, ch. XXXII, n° **29**; éd. Beugnot, t. I, p. 478). Elle passe, au XVe siècle, de la pratique dans la législation (O. avr. **1453**, art. 72, *Ordonnances des rois de France*, t. XIV, p. 300; O. oct. 1535, ch. IX, art. 1, Isambert, *op. cit.*, t. XII, p. 473). Elle est consacrée, en dernier lieu, par l'ordonnance d'avril 1667 (Tit. XVIII, art. 5). Bourbeau ne croit pas qu'elle ait existé dans le droit canonique (*Op. cit.*, t. VII, n° 425); il résulte cependant des Décrétales de Grégoire VII (Liv. II, tit. XIII, const. 1; dans le *Corpus juris canonici*, éd. Richter, t. II, p. 270), que le défendeur injustement dépouillé renonce à l'*exceptio spolii* en acceptant de plaider sur le fond du droit (Paul Fournier, *op. cit.*, p. 165, note 4), de même que le demandeur au pétitoire n'est plus recevable aujourd'hui à agir au possessoire (Voy. *suprà*, § **1004**).

[3] Voy., sur la création de cette magistrature par le décret des 16-24 août 1790, t. I, § **46**.

[4] C'est pour simplifier que je parle seulement de la revendication : j'en pourrais dire autant des actions confessoire et négatoire relatives aux servitudes qui sont susceptibles de donner lieu à une instance possessoire (Comp. *suprà*, § **1004**, note 2).

[5] « Les demandes en complainte ou en réintégrande ne pourront être jointes « au pétitoire ni le pétitoire poursuivi, que la demande en complainte ou en « réintégrande n'ait été terminée, et la condamnation parfournie et exécutée. « Deffendons d'obtenir lettres pour cumuler le pétitoire avec le possessoire » (O. avr. 1667, tit. XVIII, art. 5; voy., sur les lettres de chancellerie auxquelles il est fait ici allusion, et par lesquelles on accordait autrefois la permission de former des demandes contraires aux ordonnances ou à la coutume, t. II, § **650**, note 5).

[6] Voy. t. I, §§ **49**, **61** et **339**.

[7] Art. 25.

les demandes reconventionnelles qui relèvent par leur nature ou par leur chiffre de la compétence des tribunaux de première instance — j'ai dit aux §§ **450** et suivants quelle conduite il doit tenir en pareille matière — 2° sa propre récusation, sur laquelle il ne pourrait statuer lui-même sans manquer à toutes les convenances.

a. Les causes de récusation sont moins nombreuses en ce qui le concerne que pour les membres des tribunaux de première instance[1], à raison du caractère paternel de cette juridiction, et de l'inconvénient de récusations trop fréquentes qui, s'adressant à un juge unique, produiraient nécessairement tous les effets d'un renvoi[2]. « Les juges de paix « pourront être récusés : 1) quand ils auront intérêt person- « nel à la contestation; 2) quand ils seront parents ou alliés « d'une des parties jusqu'au degré de cousin germain inclu- « sivement; 3) si, dans l'année qui précède la récusation, il « y a eu procès criminel entre eux et l'une des parties, ou « son conjoint, ou ses parents et alliés en ligne directe; 4) s'il « y a procès civil existant entre eux et l'une des parties « ou son conjoint; 5) s'ils ont donné un avis écrit dans « l'affaire »[3].

b. La demande de récusation se porte, comme la demande en renvoi dont je viens de dire qu'elle est l'équivalent dans l'espèce, au tribunal de première instance du ressort[4]. Quand le juge de paix, sachant qu'il y a cause de récusation en sa personne, ne s'est pas spontanément abstenu[5], que le récusant a

§ **1000.** [1] Voy., quant à ces derniers, t. II, §§ **754** et suiv. Le projet de 1894 rend, au contraire, communes aux juges de paix toutes les causes de récusation des autres magistrats (P. 23).

[2] Voy., sur le renvoi, t. II, §§ **747** et suiv.

[3] Art. **44**.

[4] Voy. t. II, § **750**.

[5] Il en a toujours le droit (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 268 et 270; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 192; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 529; Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 31; crim. cass. 14 déc. 1824, D. A. v° *Récusation*, n° 11); mais rien ne l'y force, et il juge valablement s'il était récusable mais n'a pas été récusé (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 269; Carré, *op. et loc. cit.;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Bourbeau, *op. et loc. cit.;* Rodière, *op. et loc. cit.;* civ. cass. 21 avr. 1812, D. A. *v° cit.*, n° 89). *Quid* cependant, s'il était soit juge et partie, soit conjoint ou parent en ligne directe d'une partie? Voy. Bourbeau, *op. et loc. cit.;* Rodière, *op. et loc. cit.* Devant qui l'affaire sera-t-elle portée en cas d'abstention du juge de paix? Voy. *infrà*, note 20.

fait signifier[6] son acte de récusation[7] au greffe[8] par ministère d'huissier[9], que le juge de paix en a reçu communication[10], et qu'il y a répondu par un refus de s'abstenir ou laissé passer deux jours sans y répondre[11], l'acte de récusation est envoyé[12] au procureur de la République près le tribunal de première instance du ressort, qui saisit ce tribunal[13], et fait juger la récusation dans la huitaine[14] sur ses conclu-

[6] La récusation verbale à l'audience est interdite : ce serait manquer de respect à un magistrat que de lui signifier en face qu'on n'a pas confiance en lui, et qu'on ne veut pas l'avoir pour juge (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 263; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 196; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 530; Rodière, *op. et loc. cit.;* comp., sur la manière de récuser les membres des tribunaux de première instance, t. II, § **761**). Si une partie se trouvait à l'improviste en présence d'un juge récusable, mais sur l'abstention duquel elle croyait pouvoir compter, elle demanderait le renvoi à une autre audience, et, dans l'intervalle, ferait signifier sa récusation ainsi qu'il va être dit (Bourbeau, *op. et loc. cit.;* Rodière, *op. et loc. cit.*). Il n'y a pas de délai pour exercer le droit de récusation, mais il faut le faire avant que le débat s'engage, à moins que la cause de récusation ne se produise après ce moment : dans ce cas, on peut l'invoquer jusqu'au jugement (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 264, 265 et 271; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 197 et 205; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*, Rodière, *op. et loc. cit.;* trib. de Strasbourg, 27 janv. 1870, D. P. 71. 3. 53).

[7] Motivé, et signé de lui ou de son fondé de pouvoir (Art. 45) : le récusant qui ne peut signer est tenu de constituer un mandataire (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 262; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 195; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Rodière, *op. et loc. cit.*).

[8] Et non pas au juge lui-même, par égard pour lui (Voy. t. II, § **761**). L'original est visé par le greffier (Art. 45) et déposé, à son refus, au parquet du procureur de la République où il est visé (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 260; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 194; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*).

[9] « Par le premier huissier requis » dit l'article 45. Si les huissiers du canton refusaient d'instrumenter ainsi contre le juge de paix, ils encourraient des peines disciplinaires (D. 18 juin 1811, art. 85; D. 14 juin 1813, art. 42). Le projet de 1894 autorise les parties à former la récusation en personne par déclaration au greffe (*Loc. cit.*).

[10] « La copie sera déposée au greffe, et communiquée immédiatement au juge par le greffier » (Art. 45).

[11] S'il acquiesce à la récusation, tout est dit : il ne peut plus se rétracter, et l'adversaire du récusant ne peut le sommer de juger (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 273, 274 et 277; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 198 et 201; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*). Cet acquiescement peut n'être pas constaté par un jugement (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 276). Si le juge conteste la récusation ou n'y répond pas, il doit s'abstenir de connaître de l'affaire depuis que l'acte de récusation lui a été communiqué, et jusqu'à ce que la récusation soit jugée ainsi qu'il sera dit ci-après (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 266 et 267; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 193 et 193 *bis;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Rodière, *op. et loc. cit.;* civ. cass. 30 mars 1896, D. P. 97. 1. 260). Pour les mesures urgentes, on s'adresserait par la voie du référé au président du tribunal (Rodière, *op. et loc. cit.*; voy., sur cette procédure, le tome VIII).

[12] Non pas d'office par le greffier, mais seulement à la poursuite de la partie la plus diligente (Art. 47; Bioche, *op. et v° cit.*, n° 279; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 200; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*).

[13] Art. 47.

[14] Si le tribunal laisse passer ce délai sans se prononcer, on procède confor-

sions[15], les parties présentes ou en leur absence[16], et en dernier ressort[17]. Si la récusation est admise, la demande principale est portée devant l'un des suppléants du juge de paix; s'ils sont tous empêchés ou également récusables, elle est renvoyée devant un autre juge de paix, que le tribunal désigne parmi ceux de l'arrondissement[18]; si la récusation est rejetée, le juge de paix définitivement saisi passe outre au jugement[19]. Il faut donc, pour que la justice de paix du canton soit dessaisie : 1) que la récusation du juge de paix soit admise; 2° que tous ses suppléants soient hors d'état de juger à sa place[20].

mément à l'article 507 relatif au déni de justice (Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 203 *ter;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* comp., sur l'article 507, t. I, § **144**), mais l'article 396 n'est pas applicable (Voy. *infrà*, note 16; et, sur cet article, t. II, § **762**).

[15] C'est-à-dire que l'affaire lui est communicable (Art. 47; comp. t. I, § **202**).

[16] « Sans qu'il soit besoin d'appeler les parties » (Art. 47). Le tribunal appréciera s'il vaut mieux les entendre ou juger en leur absence (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 280; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 202; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*); mais, comme il a le droit de statuer sans elles, le récusant ne peut être rendu responsable du retard apporté à la solution de cet incident; en d'autres termes, l'article 396 n'est pas applicable à cette hypothèse (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 281; comp., sur l'article 396, t. II, § **762**, et *suprà*, note 14). Il n'en est pas de même des articles 394 et 395; ils s'appliquent aussi bien à la récusation des juges de paix qu'à celle des magistrats qui composent le tribunal de première instance (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 283; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 203; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*). La preuve testimoniale est toujours admise en matière de récusation (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 255; comp. t. II, § **762**).

[17] La récusation des membres du tribunal de première instance n'est jamais jugée qu'à charge d'appel (Voy. t. II, § **763**).

[18] Voy., sur l'application de la loi du 26 ventôse an XII qui contient cette disposition (Art. 1), Bioche, *op. et v° cit.*, n° 287; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 198 *bis;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 531; Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 32.

[19] Le juge de paix pourra, conformément à l'article 390, demander des dommages-intérêts à la partie qui l'aura récusé mal à propos, mais l'amende prononcée contre elle par cet article ne s'applique pas en justice de paix : les peines ne s'étendent point, par analogie, d'un cas à un autre (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 284; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 205 *bis:* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Bourbeau, *op. et loc. cit.;* Rodière, *op. et loc. cit.;* trib. de Strasbourg, 27 janv. 1870, D. P. 71. 3. 53). La prétention contraire de la régie de l'enregistrement (Circ. 6 juin 1831; D. A. *v° cit.*, n° 164) ne saurait être admise (Voy., sur l'article 390, t. II, § **762**). Le projet de 1894 applique en justice de paix l'amende actuellement prononcée par l'article 390 (*Loc. cit.*).

[20] Art. 45 et 47. L. 26 vent. an XII, art. 14. Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 532. Rodière, *op. et loc. cit.* Même solution en cas d'abstention volontaire du juge : l'affaire doit être portée devant un de ses suppléants, et, à leur défaut, devant le juge d'un autre canton du même arrondissement désigné par le tribunal de première instance (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 274; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 199; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*).

§ **1001**. Toutes les affaires de la compétence des juges de paix s'instruisent dans la même forme, mais les conditions spéciales de recevabilité des actions possessoires, l'exclusion presque absolue de la garantie incidente en cette matière, et surtout la défense de cumuler le possessoire et le pétitoire, donnent à ces actions une physionomie particulière[1].

§ **1002**. A. Il ne s'agit pas ici des conditions générales de recevabilité des actions possessoires, des objets dont la possession est ainsi garantie, des qualités que cette possession doit offrir, du temps qu'elle doit avoir duré, et des faits qui peuvent donner lieu à ces actions : ces divers points ont été amplement expliqués aux §§ **350** et suivants. Il s'agit de deux règles plus spéciales : l'une empruntée à l'ancienne jurisprudence et généralement admise aujourd'hui; l'autre formellement écrite, du moins en partie, dans l'article **26**.

§ **1003**. *a*. La première, qui se formulait autrefois ainsi : « Complainte sur complainte ne vaut », signifiait : 1° que le demandeur en complainte, ayant succombé dans sa demande et possédé depuis durant un an et un jour, ne peut, en cas de nouveau trouble, intenter une autre complainte; 2° qu'un tiers, se prétendant possesseur d'une chose dont la possession est également litigieuse entre deux autres parties, ne peut agir directement en complainte contre aucune d'elles, mais seulement intervenir dans le procès qui les divise[1]. La première de ces solutions ne fait aucun doute, car le demandeur, resté en possession après l'insuccès de sa complainte, n'a plus possédé que par tolérance et, dès lors, précairement[2]; la seconde

§ **1001**. [1] Voy., sur la théorie générale des actions possessoires, t. I, §§ **350** et suiv. Je ne parlerai dans les §§ suivants que de la complainte et de la réintégrande, mais je rappelle que le mot *complainte* comprend la dénonciation de nouvel œuvre, qui se confond presque entièrement avec la complainte (Voy. t. I, §§ **352** et **365**).

§ **1002**...

§ **1003**. [1] Imbert, *Practica forensis*, liv. I, ch. XVI, n° 11 (P. 94). Aj. Bioche, *op. cit.*, v° *Action possessoire*, n° 317; Favard de Langlade, *op. cit.*, v° *Complainte*, sect. I, § V; Henrion de Pansey, *op. cit.*, p. 430.

[2] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 315 et 318. Voy., sur la possession précaire et sur les conséquences de la précarité en matière d'actions possessoires, t. I, §§ **365** et **366**. Il ne faut pas confondre avec cette question celles de savoir : 1° si la complainte

est à bon droit contestée, car on ne voit pas de motif, la tradition à part, pour repousser la complainte formée par un tiers contre des parties déjà engagées dans un procès de même nature; l'intervention serait certainement plus simple, mais une demande principale par voie de citation est également recevable[3].

et la réintégrande peuvent être réunies dans la même instance; 2° si le demandeur qui a succombé dans la réintégrande peut agir ensuite en complainte; 3° si, *vice versâ*, le demandeur qui a échoué dans la complainte peut former ensuite la réintégrande. Ces trois questions, qui se tiennent, doivent se résoudre ainsi qu'il suit. 1° Cumuler la complainte et la réintégrande dans la même instance, ce serait permettre au défendeur à la réintégrande d'exciper de sa possession annale, pour échapper à l'obligation de remettre les choses en état et de réparer le dommage causé par ses propres voies de fait; ce serait, en d'autres termes, lui permettre de repousser la réintégrande, sous prétexte que le demandeur ne justifie pas d'une année de possession. Cette prétention est-elle fondée? Cela dépend du parti qu'on prend sur la controverse exposée t. I, § **368** : le défendeur est dans son droit, si la réintégrande exige pour réussir les mêmes conditions que la complainte, spécialement la possession annale; la prétention du défendeur est mal fondée, si l'on admet, avec la jurisprudence, que le demandeur en réintégrande n'a point à justifier de cette condition. On concédera, d'ailleurs, dans ce dernier système : 1) que le juge de paix n'est pas tenu de s'attacher à la lettre de la citation, et qu'il a le droit d'examiner si les faits présentés comme caractéristiques d'une spoliation ne sont pas, en réalité, de simples troubles, et si, par conséquent, l'action portée devant lui n'est pas une complainte dont le succès exige la possession annale; 2) que le demandeur en réintégrande peut accepter le débat sur la question de possession annale, que le juge de paix se trouve alors valablement saisi, et que le consentement du demandeur transforme ainsi la réintégrande en complainte. 2° Le demandeur en réintégrande qui a succombé dans sa demande ne peut agir ensuite en complainte : 1) dans le système admis par la jurisprudence, car, ayant échoué dans une action où il n'a ni établi ni même invoqué la possession annale, il peut réussir dans une autre action où il prouvera qu'il a possédé pendant un an; 2) même dans l'opinion contraire, car, ayant argué inutilement dans une première instance de la dépossession violente qu'il disait avoir subie, il peut, sans contredire aucunement la chose jugée, alléguer dans un second procès des troubles de fait et de droit qui n'ont pas constitué la dépossession. Toutefois, il en serait différemment s'il avait consenti à ce que le défendeur à la réintégrande fît porter le débat sur la durée de la possession, car, ayant laissé la réintégrande dégénérer ainsi en complainte, il ne pourrait plus intenter cette dernière action. 3° Le demandeur qui a succombé dans sa complainte peut encore agir en réintégrande, si l'on admet, conformément à la jurisprudence, que le succès de cette dernière n'exige pas la possession annale, car, ayant échoué dans la complainte faute d'avoir justifié de cette possession, il peut encore triompher dans la réintégrande où il n'est pas tenu de faire cette preuve. Si, au contraire, la complainte et la réintégrande exigent l'une et l'autre que le demandeur ait possédé pendant un an, celui-ci ne pourra pas intenter la complainte après la réintégrande, car, en jugeant dans cette dernière qu'il n'a pas été dépouillé violemment, le juge de paix a décidé, *à fortiori*, qu'il n'a pas été troublé (Voy., sur ce point, Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 132 *bis;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 426; req. 12 août 1874, D. P. 76. 1. 501).

[3] Voy., en ce sens, Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 122; et, en sens contraire, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 317, Favard de Langlade, *op.*, *v° et loc. cit.*, Carré, *op. et loc. cit.*, Henrion de Pansey, *op. et loc. cit.* Cette question ne présente pas un grand intérêt, si l'on admet avec moi que l'intervention ne peut être formée

§ **1004**. *b*. L'article 26 a plus d'importance : « le de-« mandeur au pétitoire ne sera plus, dit-il, recevable à agir au « possessoire ». Cette fin de non-recevoir[1] écarte celui qui, pouvant agir en complainte ou en réintégrande a, soit à dessein soit par erreur, intenté la revendication devant le tribunal de première instance[2]. On peut l'expliquer de deux manières, et il n'est pas indifférent d'adopter l'une ou l'autre : 1° par l'ancienne règle « *Unâ viâ electâ non datur regressus ad alte-« ram* »[3]; 2° par une reconnaissance implicite de la possession du défendeur[4]. Si l'on s'attache à la première idée, on en conclura que le demandeur au pétitoire peut encore agir au possessoire en se désistant de son action pétitoire[5], s'il l'a formée devant un juge incompétent[6], ou si de nouveaux troubles surviennent depuis sa demande[7]. Son désistement

à l'audience du juge de paix, mais seulement par un exploit qui ne diffère guère d'une citation en complainte (Voy., sur ce point, *suprà*, § **990**, note 8). Dans tous les cas, la complainte une fois jugée, l'intervention n'aurait plus d'objet, et le tiers qui prétendrait avoir droit à la possession ne pourrait qu'intenter une nouvelle complainte contre celle des deux parties qui l'aurait emporté dans la première (Bioche, *op.*, *v° et loc. cit.*). L'assignation en déclaration de jugement commun est admise en matière possessoire, aussi bien que l'intervention volontaire (Req. 20 avr. 1808. D. A. *v° cit.*, n° 675, voy., sur cette demande, *suprà*, § **958**).

§ **1004**. [1] Elle n'existait pas en droit romain. « *Nihil commune habet pro-« prietas cum possessione, et ideo non denegatur ei interdictum* Uti possidetis « *qui cœpit rem vindicare; non enim videtur possessioni renunciâsse qui rem « vindicavit* » (Dig., L. 12, § 1, *De adq. vel. am. poss.*, XLI, n; comp. t. I, § **344**, note 9). Cette fin de non-recevoir peut-elle être opposée d'office? Je le crois : le juge de paix est en quelque sorte incompétent *ratione materiæ* pour décider sur la possession lorsqu'il y a déjà jugement sur le fond du droit (Voy., sur cette incompétence et sur les conséquences qui en résultent, t. II, §§ **400** et suiv.).

[2] Est-ce à dire qu'on reconnaisse la possession annale de son adversaire par cela seul qu'on a agi contre lui au pétitoire? Voy., pour la négative, civ. cass. 13 juill. 1886 (D. P. 87. 1. 74); req. 22 févr. 1888 (D. P. 88. 1. 387). Je me place dans l'hypothèse la plus simple; mais l'article 26 s'appliquerait également au demandeur qui aurait introduit une action confessoire ou négatoire à raison d'une servitude susceptible de donner lieu à une action possessoire (Voy., sur les actions possessoires en fait de servitudes, t. I, § **356**).

[3] Voy., sur cette règle, t. I, § **375**.

[4] Voy., en ce sens, Aubry et Rau, *op. cit.*, 5e éd., t. II, p. 208; Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 375 et suiv.; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 127 et 128; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Bourbeau, *op. cit.*, t. VIII, n° 406; Rodière, *op. cit.*, p. 80; Bonnier, *op. cit.*, n° 924; Henrion de Pansey, *op. cit.*, p. 467 et suiv. On verra aux notes suivantes que, d'accord sur le principe, tous les auteurs ne s'entendent pas sur ses conséquences, et que leurs solutions manquent parfois de logique.

[5] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 375. Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, n°s 406 et 408.

[6] Req. 7 mars 1866 (D. P. 66. 1. 391).

[7] Aubry et Rau, *op. et loc. cit.* Bioche, *op. et v° cit.*, n° 379. Carré, *op. cit.*

l'efface[8]; l'incompétence du tribunal où elle a été portée la rend en quelque sorte non avenue[9]; les nouveaux troubles qui viennent de se produire donnent naissance à une nouvelle action qui n'a pu s'éteindre avant de naître. Si l'on s'arrête à la seconde explication, les conséquences seront tout autres : on dira que le demandeur au pétitoire, ayant renoncé à l'action possessoire[10] ou reconnu — ce qui revient au même — qu'il n'avait pas le droit de l'exercer, ne peut plus agir au possessoire en se désistant de son action pétitoire[11], en alléguant l'incompétence du tribunal qu'il en a saisi[12], ou en prétextant des troubles postérieurs à l'introduction de cette demande[13]. Je ne puis voir dans l'article 26 une application de la règle « *Unâ viâ electâ non datur regressus ad alteram* », dont on a vu au § **375** que je n'admets pas l'existence dans le droit actuel; on comprendrait, d'ailleurs, difficilement que le demandeur au pétitoire eût renoncé, s'il se fût cru des droits à la possession, aux avantages considérables de la voie possessoire[14]. Il ne faut cependant rien exagérer : on n'est pas demandeur au pétitoire et, par conséquent, non-recevable au possessoire pour avoir simplement choisi des arbitres[15], introduit un référé[16], cité son adversaire en conciliation[17], agi au criminel à raison des voies de fait qu'il s'est permises[18],

t. II, quest. 128. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 407. Rodière, *op. et loc. cit.* Henrion de Pansey, *op. et loc. cit.* Req. 7 août 1817, 17 avr. et 24 juill. 1837 (D. A. *v° cit.*, n° 621). Civ. cass. 6 août 1845 (D. P. 45. 1. 396). Req. 6 août 1863 (D. P. 63. 1. 464). Civ. cass. 15 janv. 1894 (S. 94. 1. 132).

[8] Voy. sur l'effet du désistement, le tome VII.

[9] Sauf que la demande formée devant un juge incompétent interrompt quand même la prescription (Voy. t. I, § **288**; t. II, § **667**).

[10] A l'action possessoire, mais non pas à la possession (Voy. Dig., L. 12, § 1, *De adq. vel am. poss.*, XLI, II, citée *suprà*, note 1).

[11] Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 127. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*

[12] Civ. rej. 15 nov. 1865 (D. P. 66. 1. 116). Req. 22 juin 1897 (D. P. 97. 1. 560; S. 98. 1. 320).

[13] Bonnier, *op. et loc. cit.*

[14] Voy., sur les avantages de la possession en général, t. I, § **341**; et, particulièrement, au point de vue de la preuve, t. II, n° **699**.

[15] Req. 27 juin 1843 (D. A. *v° cit.*, n° 627). Civ. cass. 26 mars 1868 (D. P. 69. 1. 83). Voy., sur l'arbitrage, le tome VIII.

[16] Req. 7 mars 1866 (D. P. 66. 1. 381). Voy., sur le référé, le tome VIII.

[17] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 376. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 127 *bis*. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 406. Req. 24 mars 1868 (D. P. 69. 1. 83).

[18] Bourbeau, *op. et loc. cit.* Voy. cep. civ. rej. 18 août 1823 (D. A. *v° cit.*, n° 625). Il en est de même si, poursuivi en police correctionnelle pour voies de

ou pris part, comme intervenant, à un procès pétitoire déjà pendant entre d'autres parties[19]. Quant au défendeur au pétitoire, rien ne l'empêche d'agir au possessoire, car l'article 26 ne concerne que le demandeur, et il n'est pas admissible qu'on prive le possesseur des avantages du possessoire en prenant les devants et en se hâtant de l'actionner en revendication[20].

§ **1005**. B. On a tort de poser en principe, comme on le fait généralement, que les actions possessoires ne donnent pas lieu à garantie « parce qu'il ne s'agit point du fond du « droit, mais d'un fait dont la garantie ne peut être due « même par celui qui serait garant du fond du droit »[1]. On oublie, en raisonnant ainsi, deux choses : la première, c'est que l'action possessoire n'est pas toujours motivée par un trouble de droit, et qu'elle peut aussi se produire à l'occasion d'un trouble de fait[2]; la seconde, c'est que le trouble de fait lui-même ne consiste pas dans des actes purement matériels, et suppose chez celui qui le commet une prétention contraire aux droits d'autrui[3]. Le fermier qui intente la complainte ou la réintégrande contre un soi-disant propriétaire qui l'a expulsé ou seulement troublé dans sa possession, et aussi le fermier qu'un tiers a actionné au possessoire en délaissement de l'immeuble loué, peuvent donc agir en garantie contre leur bailleur conformément à l'article 1727 du Code civil : « Si ceux qui ont commis des voies de fait prétendent avoir « droit sur la chose louée, ou si le preneur est lui-même cité « en justice pour se voir condamner au délaissement de la

fait exercées contre un possesseur, on s'est pourvu à fins civiles devant le tribunal de première instance, au lieu d'agir au possessoire devant le juge de paix (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 377; civ. cass. 10 janv. 1827, D. A. *v° cit.*, n° 92).

[19] Civ. cass. 1er déc. 1880 (D. P. 81. 1. 121). Voy., sur l'intervention en matière possessoire, le § précédent.

[20] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 381. Aubry et Rau, *op. et loc. cit.* Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 128. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 410. Bonnier, *op. et loc. cit.* Civ. cass. 8 avr. 1823; req. 30 mars 1830 (D. A. *v° cit.*, n° 630). Req. 19 avr. 1869 (D. P. 69. 1. 324).

§ **1005**. [1] Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 121. Aj., dans le même sens, Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 312 et 313, Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*, Henrion de Pansey, *op. cit.*, p. 366; et, dans l'ancien droit, Duparc-Poullain, *op. cit.*, t. VIII, p. 91.

[2] Voy. t. I, § **351**.

[3] Voy. *ib.* et, particulièrement, la note 7.

dernier et des témoins occasionne des frais qu'on n'a pas le droit d'imposer aux parties, on ne les taxe, ainsi qu'il est dit au § précédent, qui si ce transport a été requis par les parties ou par l'une d'elles, et si le jugement en fait mention[3]. On voit par-là combien est inexacte l'opinion d'après laquelle le cumul de l'expertise et de la descente sur lieux serait obligatoire, en ce sens que les experts ne pourraient jamais opérer qu'en présence du juge[4]. S'il en était ainsi, le juge ne pourrait ordonner l'expertise que sur la demande des parties ou en payant les frais de son propre déplacement, et se trouverait ainsi dans l'alternative de se mettre personnellement en frais ou de juger sans connaissance de cause[5].

§ **999**. *e*. La partie qui a le droit d'appeler garant[1] le fait soit dès qu'elle est citée, soit en comparaissant pour la première fois, soit même plus tard, pourvu que le droit à la garantie ou l'utilité de l'exercer ne se soient pas révélés de prime-abord, et que l'appel du garant ne soit pas un expédient pour retarder le paiement de la demande principale[2]. Dans le premier cas, le garanti demande, en comparaissant, un sursis suffisant pour que son garant puisse se présenter[3]; dans les autres cas, le juge lui accorde le temps nécessaire pour qu'il ait le temps de citer le garant, et pour que celui-ci ait le temps

[3] Voy., sur ce point, Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 179; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*: Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 35.

[4] Voy., en ce sens, Thomine-Desmazures, *op. cit.*, t. I, p. 115.

[5] Art. 38 et 42. D. 16 févr. 1807, art. 8. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 172 *ter*. Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 517. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 35. Bonnier, *op. cit.*, n° 897. Req. 20 juillet 1837 (D. A. v° *Excès de pouvoir*, *loc. cit.*). Req. 3 mai 1868 (D. P. 69. 1. 300). Req. 2 déc. 1868 (D. P. 71. 5. 176).

§ **999**. [1] L'article 32 dit *le défendeur*, mais on sait (Voy. *supra*, § **942**) que le demandeur peut aussi appeler garant, et les règles qui vont être indiquées conviennent également à cette hypothèse (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 192 et 200; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 143 *bis* et 145 *bis*; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 474). Le projet de 1894 rectifie, sur ce point, l'article 32 (P. 19).

[2] Voy., sur cette hypothèse, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 186; Bourbeau, *op. et loc. cit.* S'il a donné à son garant un trop long délai pour comparaître, le juge de paix, a le droit de l'abréger (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 191).

[3] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 190. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 143. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*

de comparaître[4] : le tout fixé conformément à l'article 5[5]. La citation donnée au garant est rédigée le plus simplement possible, sans signification des pièces à l'appui ni notification du jugement qui ordonne sa mise en cause[6]. Si le garanti n'a pas demandé cette mise en cause à sa première comparution, s'il a tardé à citer le garant, s'il lui a donné pour comparaître un trop long délai, ou si ce dernier ne comparaît pas au jour qui lui a été fixé[7], le juge de paix n'est pas tenu d'attendre, et peut faire immédiatement droit sur la demande principale, sauf à statuer ensuite sur la demande en garantie dont la mise en cause, quoique tardive, l'a régulièrement saisi[8]. Si même il arrivait que, le garant s'étant présenté au dernier moment, les deux demandes fûssent en état d'être jugées ensemble, le juge de paix aurait le droit, il ferait même bien de les juger simultanément[9]. Ces règles s'appliquent également au cas de sous-garantie[10].

§ **1000**. B. Les défenses et incidents dont le juge de paix n'est pas juge sont : 1° les questions de propriété immobilière, les contestations relatives à la qualité des parties, et

[4] Ce sursis ne peut lui être refusé (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 187; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 143 *ter;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.; contrà*, Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 29).

[5] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 189. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 143 *quater* et *quinquies*. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. cit.*, n° 888. Il n'est cependant pas défendu de proroger ce délai si les circonstances l'exigent (Bonnier, *op. et loc. cit.*).

[6] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 185. Le projet de 1894 confirme cette solution, et dispense même de rendre un jugement pour ordonner la mise en cause du garant : il suffira d'indiquer sur la feuille d'audience le délai qui lui est fixé pour comparaître (*Loc. cit.*).

[7] Voy., sur la manière de justifier que le recours en garantie a été réellement formé, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 190; Carré, *op. cit.*, t. I, n° XXVI; Bourbeau, *op. et loc. cit.* Comp. *suprà*, §§ **944** et suiv.

[8] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 196 et 198. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 145 et 146. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. cit.*, n° 889.

[9] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 197. Bourbeau, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. et loc. cit.* Voy. dans le même sens le projet de 1894 (*Loc. cit.*).

[10] Art. 32 et 33. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 193. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 144. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit.* Les autres règles de la garantie, notamment la distinction de la garantie formelle et de la garantie simple (Voy. *suprà*, §§ **949** et suiv.), s'appliquent aussi en justice de paix (Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 143 *sexies;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*

les demandes reconventionnelles qui relèvent par leur nature ou par leur chiffre de la compétence des tribunaux de première instance — j'ai dit aux §§ **450** et suivants quelle conduite il doit tenir en pareille matière — 2° sa propre récusation, sur laquelle il ne pourrait statuer lui-même sans manquer à toutes les convenances.

a. Les causes de récusation sont moins nombreuses en ce qui le concerne que pour les membres des tribunaux de première instance[1], à raison du caractère paternel de cette juridiction, et de l'inconvénient de récusations trop fréquentes qui, s'adressant à un juge unique, produiraient nécessairement tous les effets d'un renvoi[2]. « Les juges de paix « pourront être récusés : 1) quand ils auront intérêt person- « nel à la contestation; 2) quand ils seront parents ou alliés « d'une des parties jusqu'au degré de cousin germain inclu- « sivement; 3) si, dans l'année qui précède la récusation, il « y a eu procès criminel entre eux et l'une des parties, ou « son conjoint, ou ses parents et alliés en ligne directe; 4) s'il « y a procès civil existant entre eux et l'une des parties « ou son conjoint; 5) s'ils ont donné un avis écrit dans « l'affaire »[3].

b. La demande de récusation se porte, comme la demande en renvoi dont je viens de dire qu'elle est l'équivalent dans l'espèce, au tribunal de première instance du ressort[4]. Quand le juge de paix, sachant qu'il y a cause de récusation en sa personne, ne s'est pas spontanément abstenu[5], que le récusant a

§ **1000.** [1] Voy., quant à ces derniers, t. II, §§ **754** et suiv. Le projet de 1894 rend, au contraire, communes aux juges de paix toutes les causes de récusation des autres magistrats (P. 23).

[2] Voy., sur le renvoi, t. II, §§ **747** et suiv.

[3] Art. 44.

[4] Voy. t. II, § **750**.

[5] Il en a toujours le droit (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 268 et 270; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 192; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 529; Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 31; crim. cass. 14 déc. 1824, D. A. v° *Récusation*, n° 11); mais rien ne l'y force, et il juge valablement s'il était récusable mais n'a pas été récusé (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 269; Carré, *op. et loc. cit.;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Bourbeau, *op. et loc. cit.;* Rodière, *op. et loc. cit.;* civ. cass. 21 avr. 1812, D. A. *v° cit.*, n° 89). *Quid* cependant, s'il était soit juge et partie, soit conjoint ou parent en ligne directe d'une partie? Voy. Bourbeau, *op. et loc. cit.;* Rodière, *op. et loc. cit.* Devant qui l'affaire sera-t-elle portée en cas d'abstention du juge de paix? Voy. *infrà*, note 20.

fait signifier[6] son acte de récusation[7] au greffe[8] par ministère d'huissier[9], que le juge de paix en a reçu communication[10], et qu'il y a répondu par un refus de s'abstenir ou laissé passer deux jours sans y répondre[11], l'acte de récusation est envoyé[12] au procureur de la République près le tribunal de première instance du ressort, qui saisit ce tribunal[13], et fait juger la récusation dans la huitaine[14] sur ses conclu-

[6] La récusation verbale à l'audience est interdite : ce serait manquer de respect à un magistrat que de lui signifier en face qu'on n'a pas confiance en lui, et qu'on ne veut pas l'avoir pour juge (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 263; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 196; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 530; Rodière, *op. et loc. cit.;* comp., sur la manière de récuser les membres des tribunaux de première instance, t. II, § **761**). Si une partie se trouvait à l'improviste en présence d'un juge récusable, mais sur l'abstention duquel elle croyait pouvoir compter, elle demanderait le renvoi à une autre audience, et, dans l'intervalle, ferait signifier sa récusation ainsi qu'il va être dit (Bourbeau, *op. et loc. cit.;* Rodière, *op. et loc. cit.*). Il n'y a pas de délai pour exercer le droit de récusation, mais il faut le faire avant que le débat s'engage, à moins que la cause de récusation ne se produise après ce moment : dans ce cas, on peut l'invoquer jusqu'au jugement (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 264, 265 et 271; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 197 et 205; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*, Rodière, *op. et loc. cit.;* trib. de Strasbourg, 27 janv. 1870, D. P. 71. 3. 53).

[7] Motivé, et signé de lui ou de son fondé de pouvoir (Art. 45) : le récusant qui ne peut signer est tenu de constituer un mandataire (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 262; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 195; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Rodière, *op. et loc. cit.*).

[8] Et non pas au juge lui-même, par égard pour lui (Voy. t. II, § **761**). L'original est visé par le greffier (Art. 45) et déposé, à son refus, au parquet du procureur de la République où il est visé (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 260; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 194; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*).

[9] « Par le premier huissier requis » dit l'article 45. Si les huissiers du canton refusaient d'instrumenter ainsi contre le juge de paix, ils encourraient des peines disciplinaires (D. 18 juin 1811, art. 85; D. 14 juin 1813, art. 42). Le projet de 1894 autorise les parties à former la récusation en personne par déclaration au greffe (*Loc. cit.*).

[10] « La copie sera déposée au greffe, et communiquée immédiatement au juge par le greffier » (Art. 45).

[11] S'il acquiesce à la récusation, tout est dit : il ne peut plus se rétracter, et l'adversaire du récusant ne peut le sommer de juger (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 273, 274 et 277; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 198 et 201; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*). Cet acquiescement peut n'être pas constaté par un jugement (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 276). Si le juge conteste la récusation ou n'y répond pas, il doit s'abstenir de connaître de l'affaire depuis que l'acte de récusation lui a été communiqué, et jusqu'à ce que la récusation soit jugée ainsi qu'il sera dit ci-après (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 266 et 267; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 193 et 193 *bis;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Rodière, *op. et loc. cit.;* civ. cass. 30 mars 1896, D. P. 97. 1. 260). Pour les mesures urgentes, on s'adresserait par la voie du référé au président du tribunal (Rodière, *op. et loc. cit.*; voy., sur cette procédure, le tome VIII).

[12] Non pas d'office par le greffier, mais seulement à la poursuite de la partie la plus diligente (Art. 47; Bioche, *op. et v° cit.*, n° 279; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 200; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*).

[13] Art. 47.

[14] Si le tribunal laisse passer ce délai sans se prononcer, on procède confor-

sions[15], les parties présentes ou en leur absence[16], et en dernier ressort[17]. Si la récusation est admise, la demande principale est portée devant l'un des suppléants du juge de paix; s'ils sont tous empêchés ou également récusables, elle est renvoyée devant un autre juge de paix, que le tribunal désigne parmi ceux de l'arrondissement[18]; si la récusation est rejetée, le juge de paix définitivement saisi passe outre au jugement[19]. Il faut donc, pour que la justice de paix du canton soit dessaisie : 1) que la récusation du juge de paix soit admise; 2° que tous ses suppléants soient hors d'état de juger à sa place[20].

mément à l'article 507 relatif au déni de justice (Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 203 *ter;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* comp., sur l'article 507, t. I, § **144**), mais l'article 396 n'est pas applicable (Voy. *infrà*, note 16; et, sur cet article, t. II, § **762**).

[15] C'est-à-dire que l'affaire lui est communicable (Art. 47; comp. t. I, § **202**).

[16] « Sans qu'il soit besoin d'appeler les parties » (Art. 47). Le tribunal appréciera s'il vaut mieux les entendre ou juger en leur absence (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 280; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 202; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*); mais, comme il a le droit de statuer sans elles, le récusant ne peut être rendu responsable du retard apporté à la solution de cet incident; en d'autres termes, l'article 396 n'est pas applicable à cette hypothèse (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 281; comp., sur l'article 396, t. II, § **762**, et *suprà*, note 14). Il n'en est pas de même des articles 394 et 395; ils s'appliquent aussi bien à la récusation des juges de paix qu'à celle des magistrats qui composent le tribunal de première instance (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 283; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 203; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*). La preuve testimoniale est toujours admise en matière de récusation (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 255; comp. t. II, § **762**).

[17] La récusation des membres du tribunal de première instance n'est jamais jugée qu'à charge d'appel (Voy. t. II, § **763**).

[18] Voy., sur l'application de la loi du 26 ventôse an XII qui contient cette disposition (Art. 1), Bioche, *op. et v° cit.*, n° 287; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 198 *bis;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 531; Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 32.

[19] Le juge de paix pourra, conformément à l'article 390, demander des dommages-intérêts à la partie qui l'aura récusé mal à propos, mais l'amende prononcée contre elle par cet article ne s'applique pas en justice de paix : les peines ne s'étendent point, par analogie, d'un cas à un autre (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 284; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 205 *bis;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Bourbeau, *op. et loc. cit.;* Rodière, *op. et loc. cit.;* trib. de Strasbourg, 27 janv. 1870, D. P. 71. 3. 53). La prétention contraire de la régie de l'enregistrement (Circ. 6 juin 1831; D. A. *v° cit.*, n° 164) ne saurait être admise (Voy., sur l'article 390, t. II, § **762**). Le projet de 1894 applique en justice de paix l'amende actuellement prononcée par l'article 390 (*Loc. cit.*).

[20] Art. 45 et 47. L. 26 vent. an XII, art. 14. Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 532. Rodière, *op. et loc. cit.* Même solution en cas d'abstention volontaire du juge : l'affaire doit être portée devant un de ses suppléants, et, à leur défaut, devant le juge d'un autre canton du même arrondissement désigné par le tribunal de première instance (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 274; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 199; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*).

§ **1001**. Toutes les affaires de la compétence des juges de paix s'instruisent dans la même forme, mais les conditions spéciales de recevabilité des actions possessoires, l'exclusion presque absolue de la garantie incidente en cette matière, et surtout la défense de cumuler le possessoire et le pétitoire, donnent à ces actions une physionomie particulière[1].

§ **1002**. A. Il ne s'agit pas ici des conditions générales de recevabilité des actions possessoires, des objets dont la possession est ainsi garantie, des qualités que cette possession doit offrir, du temps qu'elle doit avoir duré, et des faits qui peuvent donner lieu à ces actions : ces divers points ont été amplement expliqués aux §§ **350** et suivants. Il s'agit de deux règles plus spéciales : l'une empruntée à l'ancienne jurisprudence et généralement admise aujourd'hui; l'autre formellement écrite, du moins en partie, dans l'article **26**.

§ **1003**. *a*. La première, qui se formulait autrefois ainsi : « Complainte sur complainte ne vaut », signifiait : 1° que le demandeur en complainte, ayant succombé dans sa demande et possédé depuis durant un an et un jour, ne peut, en cas de nouveau trouble, intenter une autre complainte; 2° qu'un tiers, se prétendant possesseur d'une chose dont la possession est également litigieuse entre deux autres parties, ne peut agir directement en complainte contre aucune d'elles, mais seulement intervenir dans le procès qui les divise[1]. La première de ces solutions ne fait aucun doute, car le demandeur, resté en possession après l'insuccès de sa complainte, n'a plus possédé que par tolérance et, dès lors, précairement[2]; la seconde

§ **1001**. [1] Voy., sur la théorie générale des actions possessoires, t. I, §§ **350** et suiv. Je ne parlerai dans les §§ suivants que de la complainte et de la réintégrande, mais je rappelle que le mot *complainte* comprend la dénonciation de nouvel œuvre, qui se confond presque entièrement avec la complainte (Voy. t. I, §§ **352** et **365**).

§ **1002**...

§ **1003**. [1] Imbert, *Practica forensis*, liv. I, ch. XVI, n° 11 (P. 94). Aj. Bioche, *op. cit.*, v° *Action possessoire*, n° 317; Favard de Langlade, *op. cit.*, v° *Complainte*, sect. I, § V; Henrion de Pansey, *op. cit.*, p. 430.

[2] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 315 et 318. Voy., sur la possession précaire et sur les conséquences de la précarité en matière d'actions possessoires, t. I, §§ **365** et **366**. Il ne faut pas confondre avec cette question celles de savoir : 1° si la complainte

est à bon droit contestée, car on ne voit pas de motif, la tradition à part, pour repousser la complainte formée par un tiers contre des parties déjà engagées dans un procès de même nature; l'intervention serait certainement plus simple, mais une demande principale par voie de citation est également recevable[3].

et la réintégrande peuvent être réunies dans la même instance; 2° si le demandeur qui a succombé dans la réintégrande peut agir ensuite en complainte; 3° si, *vice versâ*, le demandeur qui a échoué dans la complainte peut former ensuite la réintégrande. Ces trois questions, qui se tiennent, doivent se résoudre ainsi qu'il suit. 1° Cumuler la complainte et la réintégrande dans la même instance, ce serait permettre au défendeur à la réintégrande d'exciper de sa possession annale, pour échapper à l'obligation de remettre les choses en état et de réparer le dommage causé par ses propres voies de fait; ce serait, en d'autres termes, lui permettre de repousser la réintégrande, sous prétexte que le demandeur ne justifie pas d'une année de possession. Cette prétention est-elle fondée? Cela dépend du parti qu'on prend sur la controverse exposée t. I, § **368** : le défendeur est dans son droit, si la réintégrande exige pour réussir les mêmes conditions que la complainte, spécialement la possession annale; la prétention du défendeur est mal fondée, si l'on admet, avec la jurisprudence, que le demandeur en réintégrande n'a point à justifier de cette condition. On concédera, d'ailleurs, dans ce dernier système : 1) que le juge de paix n'est pas tenu de s'attacher à la lettre de la citation, et qu'il a le droit d'examiner si les faits présentés comme caractéristiques d'une spoliation ne sont pas, en réalité, de simples troubles, et si, par conséquent, l'action portée devant lui n'est pas une complainte dont le succès exige la possession annale; 2) que le demandeur en réintégrande peut accepter le débat sur la question de possession annale, que le juge de paix se trouve alors valablement saisi, et que le consentement du demandeur transforme ainsi la réintégrande en complainte. 2° Le demandeur en réintégrande qui a succombé dans sa demande ne peut agir ensuite en complainte : 1) dans le système admis par la jurisprudence, car, ayant échoué dans une action où il n'a ni établi ni même invoqué la possession annale, il peut réussir dans une autre action où il prouvera qu'il a possédé pendant un an; 2) même dans l'opinion contraire, car, ayant argué inutilement dans une première instance de la dépossession violente qu'il disait avoir subie, il peut, sans contredire aucunement la chose jugée, alléguer dans un second procès des troubles de fait et de droit qui n'ont pas constitué la dépossession. Toutefois, il en serait différemment s'il avait consenti à ce que le défendeur à la réintégrande fît porter le débat sur la durée de la possession, car, ayant laissé la réintégrande dégénérer ainsi en complainte, il ne pourrait plus intenter cette dernière action. 3° Le demandeur qui a succombé dans sa complainte peut encore agir en réintégrande, si l'on admet, conformément à la jurisprudence, que le succès de cette dernière n'exige pas la possession annale, car, ayant échoué dans la complainte faute d'avoir justifié de cette possession, il peut encore triompher dans la réintégrande où il n'est pas tenu de faire cette preuve. Si, au contraire, la complainte et la réintégrande exigent l'une et l'autre que le demandeur ait possédé pendant un an, celui-ci ne pourra pas intenter la complainte après la réintégrande, car, en jugeant dans cette dernière qu'il n'a pas été dépouillé violemment, le juge de paix a décidé, *à fortiori*, qu'il n'a pas été troublé (Voy., sur ce point, Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 132 *bis;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 426; req. 12 août 1874. D. P. 76. 1. 501).

[3] Voy., en ce sens, Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 122; et, en sens contraire, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 317, Favard de Langlade, *op., v° et loc. cit.*, Carré, *op. et loc. cit.*, Henrion de Pansey, *op. et loc. cit.* Cette question ne présente pas un grand intérêt, si l'on admet avec moi que l'intervention ne peut être formée

§ **1004**. *b*. L'article 26 a plus d'importance : « le de-« mandeur au pétitoire ne sera plus, dit-il, recevable à agir au « possessoire ». Cette fin de non-recevoir[1] écarte celui qui, pouvant agir en complainte ou en réintégrande a, soit à dessein soit par erreur, intenté la revendication devant le tribunal de première instance[2]. On peut l'expliquer de deux manières, et il n'est pas indifférent d'adopter l'une ou l'autre : 1° par l'ancienne règle « *Unâ viâ electâ non datur regressus ad alte-« ram* »[3]; 2° par une reconnaissance implicite de la possession du défendeur[4]. Si l'on s'attache à la première idée, on en conclura que le demandeur au pétitoire peut encore agir au possessoire en se désistant de son action pétitoire[5], s'il l'a formée devant un juge incompétent[6], ou si de nouveaux troubles surviennent depuis sa demande[7]. Son désistement

à l'audience du juge de paix, mais seulement par un exploit qui ne diffère guère d'une citation en complainte (Voy., sur ce point, *suprà*, § **990**, note 8). Dans tous les cas, la complainte une fois jugée, l'intervention n'aurait plus d'objet, et le tiers qui prétendrait avoir droit à la possession ne pourrait qu'intenter une nouvelle complainte contre celle des deux parties qui l'aurait emporté dans la première (Bioche, *op.*, *v° et loc. cit.*). L'assignation en déclaration de jugement commun est admise en matière possessoire, aussi bien que l'intervention volontaire (Req. 20 avr. 1808. D. A. *v° cit.*, n° 675, voy., sur cette demande, *suprà*, § **958**).

§ **1004**. [1] Elle n'existait pas en droit romain. « *Nihil commune habet pro-« prietas cum possessione, et ideo non denegatur ei interdictum* Uti possidetis « *qui cœpit rem vindicare; non enim videtur possessioni renunciâsse qui rem « vindicavit* » (Dig., L. 12, § 1, *De adq. vel. am. poss.*, XLI, II; comp. t. I, § **344**, note 9). Cette fin de non-recevoir peut-elle être opposée d'office? Je le crois : le juge de paix est en quelque sorte incompétent *ratione materiæ* pour décider sur la possession lorsqu'il y a déjà jugement sur le fond du droit (Voy., sur cette incompétence et sur les conséquences qui en résultent, t. II, §§ **400** et suiv.).

[2] Est-ce à dire qu'on reconnaisse la possession annale de son adversaire par cela seul qu'on a agi contre lui au pétitoire? Voy., pour la négative, civ. cass. 13 juill. 1886 (D. P. 87. 1. 74); req. 22 févr. 1888 (D. P. 88. 1. 387). Je me place dans l'hypothèse la plus simple; mais l'article 26 s'appliquerait également au demandeur qui aurait introduit une action confessoire ou négatoire à raison d'une servitude susceptible de donner lieu à une action possessoire (Voy., sur les actions possessoires en fait de servitudes, t. I, § **356**).

[3] Voy., sur cette règle, t. I, § **375**.

[4] Voy., en ce sens, Aubry et Rau, *op. cit.*, 5e éd., t. II, p. 208; Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 375 et suiv.; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 127 et 128; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Bourbeau, *op. cit.*, t. VIII, n° 406; Rodière, *op. cit.*, p. 80; Bonnier, *op. cit.*, n° 924; Henrion de Pansey, *op. cit.*, p. 467 et suiv. On verra aux notes suivantes que, d'accord sur le principe, tous les auteurs ne s'entendent pas sur ses conséquences, et que leurs solutions manquent parfois de logique.

[5] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 375. Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, n°s 406 et 408.

[6] Req. 7 mars 1866 (D. P. 66. 1. 391).

[7] Aubry et Rau, *op. et loc. cit.* Bioche, *op. et v° cit.*, n° 379. Carré, *op. cit.*

l'efface[8]; l'incompétence du tribunal où elle a été portée la rend en quelque sorte non avenue[9]; les nouveaux troubles qui viennent de se produire donnent naissance à une nouvelle action qui n'a pu s'éteindre avant de naître. Si l'on s'arrête à la seconde explication, les conséquences seront tout autres : on dira que le demandeur au pétitoire, ayant renoncé à l'action possessoire[10] ou reconnu — ce qui revient au même — qu'il n'avait pas le droit de l'exercer, ne peut plus agir au possessoire en se désistant de son action pétitoire[11], en alléguant l'incompétence du tribunal qu'il en a saisi[12], ou en prétextant des troubles postérieurs à l'introduction de cette demande[13]. Je ne puis voir dans l'article 26 une application de la règle « *Unâ viâ electâ non datur regressus ad alteram* », dont on a vu au § **375** que je n'admets pas l'existence dans le droit actuel; on comprendrait, d'ailleurs, difficilement que le demandeur au pétitoire eût renoncé, s'il se fût cru des droits à la possession, aux avantages considérables de la voie possessoire[14]. Il ne faut cependant rien exagérer : on n'est pas demandeur au pétitoire et, par conséquent, non-recevable au possessoire pour avoir simplement choisi des arbitres[15], introduit un référé[16], cité son adversaire en conciliation[17], agi au criminel à raison des voies de fait qu'il s'est permises[18],

t. II, quest. 128. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 407. Rodière, *op. et loc. cit.* Henrion de Pansey, *op. et loc. cit.* Req. 7 août 1817, 17 avr. et 24 juill. 1837 (D. A. *v° cit.*, n° 621). Civ. cass. 6 août 1845 (D. P. 45. 1. 396). Req. 6 août 1863 (D. P. 63. 1. 464). Civ. cass. 15 janv. 1894 (S. 94. 1. 132).

[8] Voy. sur l'effet du désistement, le tome VII.

[9] Sauf que la demande formée devant un juge incompétent interrompt quand même la prescription (Voy. t. I, § **288**; t. II, § **667**).

[10] A l'action possessoire, mais non pas à la possession (Voy. Dig., L. 12, § 1, *De adq. vel am. poss.*, XLI, II, citée *suprà*, note 1).

[11] Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 127. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*

[12] Civ. rej. 15 nov. 1865 (D. P. 66. 1. 116). Req. 22 juin 1897 (D. P. 97. 1. 560; S. 98. 1. 320).

[13] Bonnier, *op. et loc. cit.*

[14] Voy., sur les avantages de la possession en général, t. I, § **341**; et, particulièrement, au point de vue de la preuve, t. II, n° **699**.

[15] Req. 27 juin 1843 (D. A. *v° cit.*, n° 627). Civ. cass. 26 mars 1868 (D. P. 69. 1. 83). Voy., sur l'arbitrage, le tome VIII.

[16] Req. 7 mars 1866 (D. P. 66. 1. 381). Voy., sur le référé, le tome VIII.

[17] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 376. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 127 *bis*. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 406. Req. 24 mars 1868 (D. P. 69. 1. 83).

[18] Bourbeau, *op. et loc. cit.* Voy. cep. civ. rej. 18 août 1823 (D. A. *v° cit.*, n° 625). Il en est de même si, poursuivi en police correctionnelle pour voies de

ou pris part, comme intervenant, à un procès pétitoire déjà pendant entre d'autres parties[19]. Quant au défendeur au pétitoire, rien ne l'empêche d'agir au possessoire, car l'article 26 ne concerne que le demandeur, et il n'est pas admissible qu'on prive le possesseur des avantages du possessoire en prenant les devants et en se hâtant de l'actionner en revendication[20].

§ **1005**. B. On a tort de poser en principe, comme on le fait généralement, que les actions possessoires ne donnent pas lieu à garantie « parce qu'il ne s'agit point du fond du « droit, mais d'un fait dont la garantie ne peut être due « même par celui qui serait garant du fond du droit »[1]. On oublie, en raisonnant ainsi, deux choses : la première, c'est que l'action possessoire n'est pas toujours motivée par un trouble de droit, et qu'elle peut aussi se produire à l'occasion d'un trouble de fait[2]; la seconde, c'est que le trouble de fait lui-même ne consiste pas dans des actes purement matériels, et suppose chez celui qui le commet une prétention contraire aux droits d'autrui[3]. Le fermier qui intente la complainte ou la réintégrande contre un soi-disant propriétaire qui l'a expulsé ou seulement troublé dans sa possession, et aussi le fermier qu'un tiers a actionné au possessoire en délaissement de l'immeuble loué, peuvent donc agir en garantie contre leur bailleur conformément à l'article 1727 du Code civil : « Si ceux qui ont commis des voies de fait prétendent avoir « droit sur la chose louée, ou si le preneur est lui-même cité « en justice pour se voir condamner au délaissement de la

fait exercées contre un possesseur, on s'est pourvu à fins civiles devant le tribunal de première instance, au lieu d'agir au possessoire devant le juge de paix (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 377; civ. cass. 10 janv. 1827, D. A. *v° cit.*, n° 92).

[19] Civ. cass. 1er déc. 1880 (D. P. 81. 1. 121). Voy., sur l'intervention en matière possessoire, le § précédent.

[20] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 381. Aubry et Rau, *op. et loc. cit.* Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 128. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 410. Bonnier, *op. et loc. cit.* Civ. cass. 8 avr. 1823; req. 30 mars 1830 (D. A. *v° cit.*, n° 630). Req. 19 avr. 1869 (D. P. 69. 1. 324).

§ **1005**. [1] Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 121. Aj., dans le même sens, Bioche, *op. et v° cit.*, nos 312 et 313, Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*, Henrion de Pansey, *op. cit.*, p. 366; et, dans l'ancien droit, Duparc-Poullain, *op. cit.*, t. VIII, p. 91.

[2] Voy. t. I, § **351**.

[3] Voy. *ib.* et, particulièrement, la note 7.

dernier et des témoins occasionne des frais qu'on n'a pas le droit d'imposer aux parties, on ne les taxe, ainsi qu'il est dit au § précédent, qui si ce transport a été requis par les parties ou par l'une d'elles, et si le jugement en fait mention[3]. On voit par-là combien est inexacte l'opinion d'après laquelle le cumul de l'expertise et de la descente sur lieux serait obligatoire, en ce sens que les experts ne pourraient jamais opérer qu'en présence du juge[4]. S'il en était ainsi, le juge ne pourrait ordonner l'expertise que sur la demande des parties ou en payant les frais de son propre déplacement, et se trouverait ainsi dans l'alternative de se mettre personnellement en frais ou de juger sans connaissance de cause[5].

§ **999**. *e*. La partie qui a le droit d'appeler garant[1] le fait soit dès qu'elle est citée, soit en comparaissant pour la première fois, soit même plus tard, pourvu que le droit à la garantie ou l'utilité de l'exercer ne se soient pas révélés de prime-abord, et que l'appel du garant ne soit pas un expédient pour retarder le paiement de la demande principale[2]. Dans le premier cas, le garanti demande, en comparaissant, un sursis suffisant pour que son garant puisse se présenter[3]; dans les autres cas, le juge lui accorde le temps nécessaire pour qu'il ait le temps de citer le garant, et pour que celui-ci ait le temps

[3] Voy., sur ce point, Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 179; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*: Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 35.

[4] Voy., en ce sens, Thomine-Desmazures, *op. cit.*, t. I, p. 115.

[5] Art. 38 et 42. D. 16 févr. 1807, art. 8. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 172 *ter*. Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 517. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 35. Bonnier, *op. cit.*, n° 897. Req. 20 juillet 1837 (D. A. v° *Excès de pouvoir*, *loc. cit.*). Req. 3 mai 1868 (D. P. 69. 1. 300). Req. 2 déc. 1868 (D. P. 71. 5. 176).

§ **999**. [1] L'article 32 dit *le défendeur*, mais on sait (Voy. *suprà*, § **942**) que le demandeur peut aussi appeler garant, et les règles qui vont être indiquées conviennent également à cette hypothèse (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 192 et 200; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 143 *bis* et 145 *bis*; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 474). Le projet de 1894 rectifie, sur ce point, l'article 32 (P. 19).

[2] Voy., sur cette hypothèse, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 186; Bourbeau, *op. et loc. cit.* S'il a donné à son garant un trop long délai pour comparaître, le juge de paix, a le droit de l'abréger (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 191).

[3] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 190. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 143. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*

de comparaître[4] : le tout fixé conformément à l'article 5[5]. La citation donnée au garant est rédigée le plus simplement possible, sans signification des pièces à l'appui ni notification du jugement qui ordonne sa mise en cause[6]. Si le garanti n'a pas demandé cette mise en cause à sa première comparution, s'il a tardé à citer le garant, s'il lui a donné pour comparaître un trop long délai, ou si ce dernier ne comparaît pas au jour qui lui a été fixé[7], le juge de paix n'est pas tenu d'attendre, et peut faire immédiatement droit sur la demande principale, sauf à statuer ensuite sur la demande en garantie dont la mise en cause, quoique tardive, l'a régulièrement saisi[8]. Si même il arrivait que, le garant s'étant présenté au dernier moment, les deux demandes fûssent en état d'être jugées ensemble, le juge de paix aurait le droit, il ferait même bien de les juger simultanément[9]. Ces règles s'appliquent également au cas de sous-garantie[10].

§ **1000**. B. Les défenses et incidents dont le juge de paix n'est pas juge sont : 1° les questions de propriété immobilière, les contestations relatives à la qualité des parties, et

[4] Ce sursis ne peut lui être refusé (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 187; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 143 *ter;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.; contrà*, Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 29).

[5] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 189. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 143 *quater* et *quinquies*. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. cit.*, n° 888. Il n'est cependant pas défendu de proroger ce délai si les circonstances l'exigent (Bonnier, *op. et loc. cit.*).

[6] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 185. Le projet de 1894 confirme cette solution, et dispense même de rendre un jugement pour ordonner la mise en cause du garant : il suffira d'indiquer sur la feuille d'audience le délai qui lui est fixé pour comparaître (*Loc. cit.*).

[7] Voy., sur la manière de justifier que le recours en garantie a été réellement formé, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 190; Carré, *op. cit.*, t. I, n° XXVI; Bourbeau, *op. et loc. cit.* Comp. *suprà*, §§ **944** et suiv.

[8] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 196 et 198. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 145 et 146. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. cit.*, n° 889.

[9] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 197. Bourbeau, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. et loc. cit.* Voy. dans le même sens le projet de 1894 (*Loc. cit.*).

[10] Art. 32 et 33. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 193. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 144. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit.* Les autres règles de la garantie, notamment la distinction de la garantie formelle et de la garantie simple (Voy. *suprà*, §§ **949** et suiv.), s'appliquent aussi en justice de paix (Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 143 *sexies;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*

les demandes reconventionnelles qui relèvent par leur nature ou par leur chiffre de la compétence des tribunaux de première instance — j'ai dit aux §§ **450** et suivants quelle conduite il doit tenir en pareille matière — 2° sa propre récusation, sur laquelle il ne pourrait statuer lui-même sans manquer à toutes les convenances.

a. Les causes de récusation sont moins nombreuses en ce qui le concerne que pour les membres des tribunaux de première instance[1], à raison du caractère paternel de cette juridiction, et de l'inconvénient de récusations trop fréquentes qui, s'adressant à un juge unique, produiraient nécessairement tous les effets d'un renvoi[2]. « Les juges de paix « pourront être récusés : 1) quand ils auront intérêt person- « nel à la contestation; 2) quand ils seront parents ou alliés « d'une des parties jusqu'au degré de cousin germain inclu- « sivement; 3) si, dans l'année qui précède la récusation, il « y a eu procès criminel entre eux et l'une des parties, ou « son conjoint, ou ses parents et alliés en ligne directe; 4) s'il « y a procès civil existant entre eux et l'une des parties « ou son conjoint; 5) s'ils ont donné un avis écrit dans « l'affaire »[3].

b. La demande de récusation se porte, comme la demande en renvoi dont je viens de dire qu'elle est l'équivalent dans l'espèce, au tribunal de première instance du ressort[4]. Quand le juge de paix, sachant qu'il y a cause de récusation en sa personne, ne s'est pas spontanément abstenu[5], que le récusant a

§ **1000.** [1] Voy., quant à ces derniers, t. II, §§ **754** et suiv. Le projet de 1894 rend, au contraire, communes aux juges de paix toutes les causes de récusation des autres magistrats (P. 23).

[2] Voy., sur le renvoi, t. II, §§ **747** et suiv.

[3] Art. 44.

[4] Voy. t. II, § **750**.

[5] Il en a toujours le droit (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 268 et 270; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 192; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 529; Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 31; crim. cass. 14 déc. 1824, D. A. v° *Récusation*, n° 11); mais rien ne l'y force, et il juge valablement s'il était récusable mais n'a pas été récusé (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 269; Carré, *op. et loc. cit.;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Bourbeau, *op. et loc. cit.;* Rodière, *op. et loc. cit.;* civ. cass. 21 avr. 1812, D. A. *v° cit.*, n° 89). *Quid* cependant, s'il était soit juge et partie, soit conjoint ou parent en ligne directe d'une partie? Voy. Bourbeau, *op. et loc. cit.;* Rodière, *op. et loc. cit.* Devant qui l'affaire sera-t-elle portée en cas d'abstention du juge de paix? Voy. *infrà*, note 20.

fait signifier[6] son acte de récusation[7] au greffe[8] par ministère d'huissier[9], que le juge de paix en a reçu communication[10], et qu'il y a répondu par un refus de s'abstenir ou laissé passer deux jours sans y répondre[11], l'acte de récusation est envoyé[12] au procureur de la République près le tribunal de première instance du ressort, qui saisit ce tribunal[13], et fait juger la récusation dans la huitaine[14] sur ses conclu-

[6] La récusation verbale à l'audience est interdite : ce serait manquer de respect à un magistrat que de lui signifier en face qu'on n'a pas confiance en lui, et qu'on ne veut pas l'avoir pour juge (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 263; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 196; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 530; Rodière, *op. et loc. cit.;* comp., sur la manière de récuser les membres des tribunaux de première instance, t. II, § **761**). Si une partie se trouvait à l'improviste en présence d'un juge récusable, mais sur l'abstention duquel elle croyait pouvoir compter, elle demanderait le renvoi à une autre audience, et, dans l'intervalle, ferait signifier sa récusation ainsi qu'il va être dit (Bourbeau, *op. et loc. cit.;* Rodière, *op. et loc. cit.*). Il n'y a pas de délai pour exercer le droit de récusation, mais il faut le faire avant que le débat s'engage, à moins que la cause de récusation ne se produise après ce moment : dans ce cas, on peut l'invoquer jusqu'au jugement (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 264, 265 et 271: Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 197 et 205; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*, Rodière, *op. et loc. cit.;* trib. de Strasbourg, 27 janv. 1870, D. P. 71. 3. 53).

[7] Motivé, et signé de lui ou de son fondé de pouvoir (Art. 45) : le récusant qui ne peut signer est tenu de constituer un mandataire (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 262; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 195; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Rodière, *op. et loc. cit.*).

[8] Et non pas au juge lui-même, par égard pour lui (Voy. t. II, § **761**). L'original est visé par le greffier (Art. 45) et déposé, à son refus, au parquet du procureur de la République où il est visé (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 260; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 194; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*).

[9] « Par le premier huissier requis » dit l'article 45. Si les huissiers du canton refusaient d'instrumenter ainsi contre le juge de paix, ils encourraient des peines disciplinaires (D. 18 juin 1811, art. 85: D. 14 juin 1813, art. 42). Le projet de 1894 autorise les parties à former la récusation en personne par déclaration au greffe (*Loc. cit.*).

[10] « La copie sera déposée au greffe, et communiquée immédiatement au juge par le greffier » (Art. 45).

[11] S'il acquiesce à la récusation, tout est dit : il ne peut plus se rétracter, et l'adversaire du récusant ne peut le sommer de juger (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 273, 274 et 277; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 198 et 201; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*). Cet acquiescement peut n'être pas constaté par un jugement (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 276). Si le juge conteste la récusation ou n'y répond pas, il doit s'abstenir de connaître de l'affaire depuis que l'acte de récusation lui a été communiqué, et jusqu'à ce que la récusation soit jugée ainsi qu'il sera dit ci-après (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 266 et 267; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 193 et 193 *bis;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Rodière, *op. et loc. cit.;* civ. cass. 30 mars 1896, D. P. 97. 1. 260). Pour les mesures urgentes, on s'adresserait par la voie du référé au président du tribunal (Rodière, *op. et loc. cit.*; voy., sur cette procédure, le tome VIII).

[12] Non pas d'office par le greffier, mais seulement à la poursuite de la partie la plus diligente (Art. 47; Bioche, *op. et v° cit.*, n° 279; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 200; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*).

[13] Art. 47.

[14] Si le tribunal laisse passer ce délai sans se prononcer, on procède confor-

sions[15], les parties présentes ou en leur absence[16], et en dernier ressort[17]. Si la récusation est admise, la demande principale est portée devant l'un des suppléants du juge de paix; s'ils sont tous empêchés ou également récusables, elle est renvoyée devant un autre juge de paix, que le tribunal désigne parmi ceux de l'arrondissement[18]; si la récusation est rejetée, le juge de paix définitivement saisi passe outre au jugement[19]. Il faut donc, pour que la justice de paix du canton soit dessaisie : 1) que la récusation du juge de paix soit admise; 2° que tous ses suppléants soient hors d'état de juger à sa place[20].

mément à l'article 507 relatif au déni de justice (Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 203 *ter;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* comp., sur l'article 507, t. I, § **144**), mais l'article 396 n'est pas applicable (Voy. *infrà*, note 16; et, sur cet article, t. II, § **762**).

[15] C'est-à-dire que l'affaire lui est communicable (Art. 47; comp. t. I, § **202**).

[16] « Sans qu'il soit besoin d'appeler les parties » (Art. 47). Le tribunal appréciera s'il vaut mieux les entendre ou juger en leur absence (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 280; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 202; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*); mais, comme il a le droit de statuer sans elles, le récusant ne peut être rendu responsable du retard apporté à la solution de cet incident; en d'autres termes, l'article 396 n'est pas applicable à cette hypothèse (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 281; comp., sur l'article 396, t. II, § **762**, et *suprà*, note 14). Il n'en est pas de même des articles 394 et 395; ils s'appliquent aussi bien à la récusation des juges de paix qu'à celle des magistrats qui composent le tribunal de première instance (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 283; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 203; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*). La preuve testimoniale est toujours admise en matière de récusation (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 255; comp. t. II, § **762**).

[17] La récusation des membres du tribunal de première instance n'est jamais jugée qu'à charge d'appel (Voy. t. II, § **763**).

[18] Voy., sur l'application de la loi du 26 ventôse an XII qui contient cette disposition (Art. 1), Bioche, *op. et v° cit.*, n° 287; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 198 *bis;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 531; Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 32.

[19] Le juge de paix pourra, conformément à l'article 390, demander des dommages-intérêts à la partie qui l'aura récusé mal à propos, mais l'amende prononcée contre elle par cet article ne s'applique pas en justice de paix : les peines ne s'étendent point, par analogie, d'un cas à un autre (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 284; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 205 *bis;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Bourbeau, *op. et loc. cit.;* Rodière, *op. et loc. cit.;* trib. de Strasbourg, 27 janv. 1870, D. P. 71. 3. 53). La prétention contraire de la régie de l'enregistrement (Circ. 6 juin 1831; D. A. *v° cit.*, n° 164) ne saurait être admise (Voy., sur l'article 390, t. II, § **762**). Le projet de 1894 applique en justice de paix l'amende actuellement prononcée par l'article 390 (*Loc. cit.*).

[20] Art. 45 et 47. L. 26 vent. an XII, art. 14. Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 532. Rodière, *op. et loc. cit.* Même solution en cas d'abstention volontaire du juge : l'affaire doit être portée devant un de ses suppléants, et, à leur défaut, devant le juge d'un autre canton du même arrondissement désigné par le tribunal de première instance (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 274; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 199; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*).

§ **1001**. Toutes les affaires de la compétence des juges de paix s'instruisent dans la même forme, mais les conditions spéciales de recevabilité des actions possessoires, l'exclusion presque absolue de la garantie incidente en cette matière, et surtout la défense de cumuler le possessoire et le pétitoire, donnent à ces actions une physionomie particulière[1].

§ **1002**. A. Il ne s'agit pas ici des conditions générales de recevabilité des actions possessoires, des objets dont la possession est ainsi garantie, des qualités que cette possession doit offrir, du temps qu'elle doit avoir duré, et des faits qui peuvent donner lieu à ces actions : ces divers points ont été amplement expliqués aux §§ **350** et suivants. Il s'agit de deux règles plus spéciales : l'une empruntée à l'ancienne jurisprudence et généralement admise aujourd'hui; l'autre formellement écrite, du moins en partie, dans l'article 26.

§ **1003**. *a*. La première, qui se formulait autrefois ainsi : « Complainte sur complainte ne vaut », signifiait : 1° que le demandeur en complainte, ayant succombé dans sa demande et possédé depuis durant un an et un jour, ne peut, en cas de nouveau trouble, intenter une autre complainte; 2° qu'un tiers, se prétendant possesseur d'une chose dont la possession est également litigieuse entre deux autres parties, ne peut agir directement en complainte contre aucune d'elles, mais seulement intervenir dans le procès qui les divise[1]. La première de ces solutions ne fait aucun doute, car le demandeur, resté en possession après l'insuccès de sa complainte, n'a plus possédé que par tolérance et, dès lors, précairement[2]; la seconde

§ **1001**. [1] Voy., sur la théorie générale des actions possessoires, t. I, §§ **350** et suiv. Je ne parlerai dans les §§ suivants que de la complainte et de la réintégrande, mais je rappelle que le mot *complainte* comprend la dénonciation de nouvel œuvre, qui se confond presque entièrement avec la complainte (Voy. t. I, §§ **352** et **365**).

§ **1002**...

§ **1003**. [1] Imbert, *Practica forensis*, liv. I, ch. XVI, n° 11 (P. 94). Aj. Bioche, *op. cit.*, v° *Action possessoire*, n° 317; Favard de Langlade, *op. cit.*, v° *Complainte*, sect. I, § V; Henrion de Pansey, *op. cit.*, p. 430.

[2] Bioche, *op. et* v° *cit.*, n°s 315 et 318. Voy., sur la possession précaire et sur les conséquences de la précarité en matière d'actions possessoires, t. I, §§ **365** et **366**. Il ne faut pas confondre avec cette question celles de savoir : 1° si la complainte

est à bon droit contestée, car on ne voit pas de motif, la tradition à part, pour repousser la complainte formée par un tiers contre des parties déjà engagées dans un procès de même nature; l'intervention serait certainement plus simple, mais une demande principale par voie de citation est également recevable[3].

et la réintégrande peuvent être réunies dans la même instance; 2° si le demandeur qui a succombé dans la réintégrande peut agir ensuite en complainte; 3° si, *vice versâ*, le demandeur qui a échoué dans la complainte peut former ensuite la réintégrande. Ces trois questions, qui se tiennent, doivent se résoudre ainsi qu'il suit. 1° Cumuler la complainte et la réintégrande dans la même instance, ce serait permettre au défendeur à la réintégrande d'exciper de sa possession annale, pour échapper à l'obligation de remettre les choses en état et de réparer le dommage causé par ses propres voies de fait; ce serait, en d'autres termes, lui permettre de repousser la réintégrande, sous prétexte que le demandeur ne justifie pas d'une année de possession. Cette prétention est-elle fondée? Cela dépend du parti qu'on prend sur la controverse exposée t. I, § **368** : le défendeur est dans son droit, si la réintégrande exige pour réussir les mêmes conditions que la complainte, spécialement la possession annale; la prétention du défendeur est mal fondée, si l'on admet, avec la jurisprudence, que le demandeur en réintégrande n'a point à justifier de cette condition. On concédera, d'ailleurs, dans ce dernier système : 1) que le juge de paix n'est pas tenu de s'attacher à la lettre de la citation, et qu'il a le droit d'examiner si les faits présentés comme caractéristiques d'une spoliation ne sont pas, en réalité, de simples troubles, et si, par conséquent, l'action portée devant lui n'est pas une complainte dont le succès exige la possession annale; 2) que le demandeur en réintégrande peut accepter le débat sur la question de possession annale, que le juge de paix se trouve alors valablement saisi, et que le consentement du demandeur transforme ainsi la réintégrande en complainte. 2° Le demandeur en réintégrande qui a succombé dans sa demande ne peut agir ensuite en complainte : 1) dans le système admis par la jurisprudence, car, ayant échoué dans une action où il n'a ni établi ni même invoqué la possession annale, il peut réussir dans une autre action où il prouvera qu'il a possédé pendant un an; 2) même dans l'opinion contraire, car, ayant argué inutilement dans une première instance de la dépossession violente qu'il disait avoir subie, il peut, sans contredire aucunement la chose jugée, alléguer dans un second procès des troubles de fait et de droit qui n'ont pas constitué la dépossession. Toutefois, il en serait différemment s'il avait consenti à ce que le défendeur à la réintégrande fît porter le débat sur la durée de la possession, car, ayant laissé la réintégrande dégénérer ainsi en complainte, il ne pourrait plus intenter cette dernière action. 3° Le demandeur qui a succombé dans sa complainte peut encore agir en réintégrande, si l'on admet, conformément à la jurisprudence, que le succès de cette derniere n'exige pas la possession annale, car, ayant échoué dans la complainte faute d'avoir justifié de cette possession, il peut encore triompher dans la réintégrande où il n'est pas tenu de faire cette preuve. Si, au contraire, la complainte et la réintégrande exigent l'une et l'autre que le demandeur ait possédé pendant un an, celui-ci ne pourra pas intenter la complainte après la réintégrande, car, en jugeant dans cette dernière qu'il n'a pas été dépouillé violemment, le juge de paix a décidé, *à fortiori*, qu'il n'a pas été troublé (Voy., sur ce point, Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 132 *bis;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 426; req. 12 août 1874, D. P. 76. 1. 501).

[3] Voy., en ce sens, Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 122; et, en sens contraire, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 317, Favard de Langlade, *op.*, *v° et loc. cit.*, Carré, *op. et loc. cit.*, Henrion de Pansey, *op. et loc. cit.* Cette question ne présente pas un grand intérêt, si l'on admet avec moi que l'intervention ne peut être formée

§ **1004**. *b*. L'article 26 a plus d'importance : « le de-« mandeur au pétitoire ne sera plus, dit-il, recevable à agir au « possessoire ». Cette fin de non-recevoir[1] écarte celui qui, pouvant agir en complainte ou en réintégrande a, soit à dessein soit par erreur, intenté la revendication devant le tribunal de première instance[2]. On peut l'expliquer de deux manières, et il n'est pas indifférent d'adopter l'une ou l'autre : 1° par l'ancienne règle « *Unâ viâ electâ non datur regressus ad alte-« ram* »[3]; 2° par une reconnaissance implicite de la possession du défendeur[4]. Si l'on s'attache à la première idée, on en conclura que le demandeur au pétitoire peut encore agir au possessoire en se désistant de son action pétitoire[5], s'il l'a formée devant un juge incompétent[6], ou si de nouveaux troubles surviennent depuis sa demande[7]. Son désistement

à l'audience du juge de paix, mais seulement par un exploit qui ne diffère guère d'une citation en complainte (Voy., sur ce point, *suprà*, § **990**, note 8). Dans tous les cas, la complainte une fois jugée, l'intervention n'aurait plus d'objet, et le tiers qui prétendrait avoir droit à la possession ne pourrait qu'intenter une nouvelle complainte contre celle des deux parties qui l'aurait emporté dans la première (Bioche, *op.*, *v° et loc. cit.*). L'assignation en déclaration de jugement commun est admise en matière possessoire, aussi bien que l'intervention volontaire (Req. 20 avr. 1808, D. A. *v° cit.*, n° 675, voy., sur cette demande, *suprà*, § **958**).

§ **1004**. [1] Elle n'existait pas en droit romain. « *Nihil commune habet pro-« prietas cum possessione, et ideo non denegatur ei interdictum* Uti possidetis « *qui cœpit rem vindicare; non enim videtur possessioni renunciâsse qui rem « vindicavit* » (Dig., L. 12, § 1, *De adq. vel. am. poss.*, XLI, n; comp. t. I, § **344**, note 9). Cette fin de non-recevoir peut-elle être opposée d'office? Je le crois : le juge de paix est en quelque sorte incompétent *ratione materiæ* pour décider sur la possession lorsqu'il y a déjà jugement sur le fond du droit (Voy., sur cette incompétence et sur les conséquences qui en résultent, t. II, §§ **400** et suiv.).

[2] Est-ce à dire qu'on reconnaisse la possession annale de son adversaire par cela seul qu'on a agi contre lui au pétitoire? Voy., pour la négative, civ. cass. 13 juill. 1886 (D. P. 87. 1. 74); req. 22 févr. 1888 (D. P. 88. 1. 387). Je me place dans l'hypothèse la plus simple; mais l'article 26 s'appliquerait également au demandeur qui aurait introduit une action confessoire ou négatoire à raison d'une servitude susceptible de donner lieu à une action possessoire (Voy., sur les actions possessoires en fait de servitudes, t. I, § **356**).

[3] Voy., sur cette règle, t. I, § **375**.

[4] Voy., en ce sens, Aubry et Rau, *op. cit.*, 5e éd., t. II, p. 208; Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 375 et suiv.; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 127 et 128; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Bourbeau, *op. cit.*, t. VIII, n° 406; Rodière, *op. cit.*, p. 80; Bonnier, *op. cit.*, n° 924; Henrion de Pansey, *op. cit.*, p. 467 et suiv. On verra aux notes suivantes que, d'accord sur le principe, tous les auteurs ne s'entendent pas sur ses conséquences, et que leurs solutions manquent parfois de logique.

[5] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 375. Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, n°s 406 et 408.

[6] Req. 7 mars 1866 (D. P. 66. 1. 391).

[7] Aubry et Rau, *op. et loc. cit.* Bioche, *op. et v° cit.*, n° 379. Carré, *op. cit.*

l'efface[8]; l'incompétence du tribunal où elle a été portée la rend en quelque sorte non avenue[9]; les nouveaux troubles qui viennent de se produire donnent naissance à une nouvelle action qui n'a pu s'éteindre avant de naître. Si l'on s'arrête à la seconde explication, les conséquences seront tout autres : on dira que le demandeur au pétitoire, ayant renoncé à l'action possessoire[10] ou reconnu — ce qui revient au même — qu'il n'avait pas le droit de l'exercer, ne peut plus agir au possessoire en se désistant de son action pétitoire[11], en alléguant l'incompétence du tribunal qu'il en a saisi[12], ou en prétextant des troubles postérieurs à l'introduction de cette demande[13]. Je ne puis voir dans l'article 26 une application de la règle « *Unâ viâ electâ non datur regressus ad alteram* », dont on a vu au § **375** que je n'admets pas l'existence dans le droit actuel; on comprendrait, d'ailleurs, difficilement que le demandeur au pétitoire eût renoncé, s'il se fût cru des droits à la possession, aux avantages considérables de la voie possessoire[14]. Il ne faut cependant rien exagérer : on n'est pas demandeur au pétitoire et, par conséquent, non-recevable au possessoire pour avoir simplement choisi des arbitres[15], introduit un référé[16], cité son adversaire en conciliation[17], agi au criminel à raison des voies de fait qu'il s'est permises[18],

t. II, quest. 128. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 407. Rodière, *op. et loc. cit.* Henrion de Pansey, *op. et loc. cit.* Req. 7 août 1817, 17 avr. et 24 juill. 1837 (D. A. *v° cit.*, n° 621). Civ. cass. 6 août 1845 (D. P. 45. 1. 396). Req. 6 août 1863 (D. P. 63. 1. 464). Civ. cass. 15 janv. 1894 (S. 94. 1. 132).

8 Voy. sur l'effet du désistement, le tome VII.

9 Sauf que la demande formée devant un juge incompétent interrompt quand même la prescription (Voy. t. I, § **288**; t. II, § **667**).

10 A l'action possessoire, mais non pas à la possession (Voy. Dig., L. 12, § 1, *De adq. vel am. poss.*, XLI, II, citée *suprà*, note 1).

11 Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 127. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*

12 Civ. rej. 15 nov. 1865 (D. P. 66. 1. 116). Req. 22 juin 1897 (D. P. 97. 1. 560; S. 98. 1. 320).

13 Bonnier, *op. et loc. cit.*

14 Voy., sur les avantages de la possession en général, t. I, § **341**; et, particulièrement, au point de vue de la preuve, t. II, n° **699**.

15 Req. 27 juin 1843 (D. A. *v° cit.*, n° 627). Civ. cass. 26 mars 1868 (D. P. 69. 1. 83). Voy., sur l'arbitrage, le tome VIII.

16 Req. 7 mars 1866 (D. P. 66. 1. 381). Voy., sur le référé, le tome VIII.

17 Bioche, *op. et v° cit.*, n° 376. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 127 *bis*. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 406. Req. 24 mars 1868 (D. P. 69. 1. 83).

18 Bourbeau, *op. et loc. cit.* Voy. cep. civ. rej. 18 août 1823 (D. A. *v° cit.*, n° 625). Il en est de même si, poursuivi en police correctionnelle pour voies de

ou pris part, comme intervenant, à un procès pétitoire déjà pendant entre d'autres parties[19]. Quant au défendeur au pétitoire, rien ne l'empêche d'agir au possessoire, car l'article 26 ne concerne que le demandeur, et il n'est pas admissible qu'on prive le possesseur des avantages du possessoire en prenant les devants et en se hâtant de l'actionner en revendication[20].

§ **1005**. B. On a tort de poser en principe, comme on le fait généralement, que les actions possessoires ne donnent pas lieu à garantie « parce qu'il ne s'agit point du fond du « droit, mais d'un fait dont la garantie ne peut être due « même par celui qui serait garant du fond du droit »[1]. On oublie, en raisonnant ainsi, deux choses : la première, c'est que l'action possessoire n'est pas toujours motivée par un trouble de droit, et qu'elle peut aussi se produire à l'occasion d'un trouble de fait[2]; la seconde, c'est que le trouble de fait lui-même ne consiste pas dans des actes purement matériels, et suppose chez celui qui le commet une prétention contraire aux droits d'autrui[3]. Le fermier qui intente la complainte ou la réintégrande contre un soi-disant propriétaire qui l'a expulsé ou seulement troublé dans sa possession, et aussi le fermier qu'un tiers a actionné au possessoire en délaissement de l'immeuble loué, peuvent donc agir en garantie contre leur bailleur conformément à l'article 1727 du Code civil : « Si ceux qui ont commis des voies de fait prétendent avoir « droit sur la chose louée, ou si le preneur est lui-même cité « en justice pour se voir condamner au délaissement de la

fait exercées contre un possesseur, on s'est pourvu à fins civiles devant le tribunal de première instance, au lieu d'agir au possessoire devant le juge de paix (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 377; civ. cass. 10 janv. 1827, D. A. *v° cit.*, n° 92).

[19] Civ. cass. 1er déc. 1880 (D. P. 81. 1. 121). Voy., sur l'intervention en matière possessoire, le § précédent.

[20] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 381. Aubry et Rau, *op. et loc. cit.* Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 128. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 410. Bonnier, *op. et loc. cit.* Civ. cass. 8 avr. 1823; req. 30 mars 1830 (D. A. *v° cit.*, n° 630). Req. 19 avr. 1869 (D. P. 69. 1. 324).

§ **1005**. [1] Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 121. Aj., dans le même sens, Bioche, *op. et v° cit.*, nos 312 et 313, Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*, Henrion de Pansey, *op. cit.*, p. 366; et, dans l'ancien droit, Duparc-Poullain, *op. cit.*, t. VIII, p. 91.

[2] Voy. t. I, § **351**.

[3] Voy. *ib.* et, particulièrement, la note 7.

dernier et des témoins occasionne des frais qu'on n'a pas le droit d'imposer aux parties, on ne les taxe, ainsi qu'il est dit au § précédent, qui si ce transport a été requis par les parties ou par l'une d'elles, et si le jugement en fait mention[3]. On voit par-là combien est inexacte l'opinion d'après laquelle le cumul de l'expertise et de la descente sur lieux serait obligatoire, en ce sens que les experts ne pourraient jamais opérer qu'en présence du juge[4]. S'il en était ainsi, le juge ne pourrait ordonner l'expertise que sur la demande des parties ou en payant les frais de son propre déplacement, et se trouverait ainsi dans l'alternative de se mettre personnellement en frais ou de juger sans connaissance de cause[5].

§ **999**. *e*. La partie qui a le droit d'appeler garant[1] le fait soit dès qu'elle est citée, soit en comparaissant pour la première fois, soit même plus tard, pourvu que le droit à la garantie ou l'utilité de l'exercer ne se soient pas révélés de prime-abord, et que l'appel du garant ne soit pas un expédient pour retarder le paiement de la demande principale[2]. Dans le premier cas, le garanti demande, en comparaissant, un sursis suffisant pour que son garant puisse se présenter[3]; dans les autres cas, le juge lui accorde le temps nécessaire pour qu'il ait le temps de citer le garant, et pour que celui-ci ait le temps

[3] Voy., sur ce point, Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 179; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 35.

[4] Voy., en ce sens, Thomine-Desmazures, *op. cit.*, t. I, p. 115.

[5] Art. 38 et 42. D. 16 févr. 1807, art. 8. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 172 *ter*. Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 517. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 35. Bonnier, *op. cit.*, n° 897. Req. 20 juillet 1837 (D. A. v° *Excès de pouvoir*, *loc. cit.*). Req. 3 mai 1868 (D. P. 69. 1. 300). Req. 2 déc. 1868 (D. P. 71. 5. 176).

§ **999**. [1] L'article 32 dit *le défendeur*, mais on sait (Voy. *supra*, § **942**) que le demandeur peut aussi appeler garant, et les règles qui vont être indiquées conviennent également à cette hypothèse (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 192 et 200; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 143 *bis* et 145 *bis*; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 474). Le projet de 1894 rectifie, sur ce point, l'article 32 (P. 19).

[2] Voy., sur cette hypothèse, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 186; Bourbeau, *op. et loc. cit.* S'il a donné à son garant un trop long délai pour comparaître, le juge de paix, a le droit de l'abréger (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 191).

[3] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 190. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 143. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*

de comparaître[4] : le tout fixé conformément à l'article 5[5]. La citation donnée au garant est rédigée le plus simplement possible, sans signification des pièces à l'appui ni notification du jugement qui ordonne sa mise en cause[6]. Si le garanti n'a pas demandé cette mise en cause à sa première comparution, s'il a tardé à citer le garant, s'il lui a donné pour comparaître un trop long délai, ou si ce dernier ne comparaît pas au jour qui lui a été fixé[7], le juge de paix n'est pas tenu d'attendre, et peut faire immédiatement droit sur la demande principale, sauf à statuer ensuite sur la demande en garantie dont la mise en cause, quoique tardive, l'a régulièrement saisi[8]. Si même il arrivait que, le garant s'étant présenté au dernier moment, les deux demandes fûssent en état d'être jugées ensemble, le juge de paix aurait le droit, il ferait même bien de les juger simultanément[9]. Ces règles s'appliquent également au cas de sous-garantie[10].

§ **1000**. B. Les défenses et incidents dont le juge de paix n'est pas juge sont : 1° les questions de propriété immobilière, les contestations relatives à la qualité des parties, et

[4] Ce sursis ne peut lui être refusé (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 187; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 143 *ter;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.; contrà*, Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 29).

[5] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 189. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 143 *quater* et *quinquies*. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. cit.*, n° 888. Il n'est cependant pas défendu de proroger ce délai si les circonstances l'exigent (Bonnier, *op. et loc. cit.*).

[6] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 185. Le projet de 1894 confirme cette solution, et dispense même de rendre un jugement pour ordonner la mise en cause du garant : il suffira d'indiquer sur la feuille d'audience le délai qui lui est fixé pour comparaître (*Loc. cit.*).

[7] Voy., sur la manière de justifier que le recours en garantie a été réellement formé, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 190; Carré, *op. cit.*, t. I, n° XXVI; Bourbeau, *op. et loc. cit.* Comp. *suprà*, §§ **944** et suiv.

[8] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 196 et 198. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 145 et 146. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. cit.*, n° 889.

[9] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 197. Bourbeau, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. et loc. cit.* Voy. dans le même sens le projet de 1894 (*Loc. cit.*).

[10] Art. 32 et 33. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 193. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 144. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit.* Les autres règles de la garantie, notamment la distinction de la garantie formelle et de la garantie simple (Voy. *suprà*, §§ **949** et suiv.), s'appliquent aussi en justice de paix (Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 143 *sexies;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*

les demandes reconventionnelles qui relèvent par leur nature ou par leur chiffre de la compétence des tribunaux de première instance — j'ai dit aux §§ **450** et suivants quelle conduite il doit tenir en pareille matière — 2° sa propre récusation, sur laquelle il ne pourrait statuer lui-même sans manquer à toutes les convenances.

a. Les causes de récusation sont moins nombreuses en ce qui le concerne que pour les membres des tribunaux de première instance[1], à raison du caractère paternel de cette juridiction, et de l'inconvénient de récusations trop fréquentes qui, s'adressant à un juge unique, produiraient nécessairement tous les effets d'un renvoi[2]. « Les juges de paix « pourront être récusés : 1) quand ils auront intérêt person- « nel à la contestation; 2) quand ils seront parents ou alliés « d'une des parties jusqu'au degré de cousin germain inclu- « sivement; 3) si, dans l'année qui précède la récusation, il « y a eu procès criminel entre eux et l'une des parties, ou « son conjoint, ou ses parents et alliés en ligne directe; 4) s'il « y a procès civil existant entre eux et l'une des parties « ou son conjoint; 5) s'ils ont donné un avis écrit dans « l'affaire »[3].

b. La demande de récusation se porte, comme la demande en renvoi dont je viens de dire qu'elle est l'équivalent dans l'espèce, au tribunal de première instance du ressort[4]. Quand le juge de paix, sachant qu'il y a cause de récusation en sa personne, ne s'est pas spontanément abstenu[5], que le récusant a

§ **1000.** [1] Voy., quant à ces derniers, t. II, §§ **754** et suiv. Le projet de 1894 rend, au contraire, communes aux juges de paix toutes les causes de récusation des autres magistrats (P. 23).

[2] Voy., sur le renvoi, t. II, §§ **747** et suiv.

[3] Art. 44.

[4] Voy. t. II, § **750**.

[5] Il en a toujours le droit (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 268 et 270; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 192; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 529; Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 31; crim. cass. 14 déc. 1824, D. A. v° *Récusation*, n° 11); mais rien ne l'y force, et il juge valablement s'il était récusable mais n'a pas été récusé (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 269; Carré, *op. et loc. cit.;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Bourbeau, *op. et loc. cit.;* Rodière, *op. et loc. cit.;* civ. cass. 21 avr. 1812, D. A. v° *cit.*, n° 89). *Quid* cependant, s'il était soit juge et partie, soit conjoint ou parent en ligne directe d'une partie? Voy. Bourbeau, *op. et loc. cit.;* Rodière, *op. et loc. cit.* Devant qui l'affaire sera-t-elle portée en cas d'abstention du juge de paix? Voy. *infrà*, note 20.

fait signifier[6] son acte de récusation[7] au greffe[8] par ministère d'huissier[9], que le juge de paix en a reçu communication[10], et qu'il y a répondu par un refus de s'abstenir ou laissé passer deux jours sans y répondre[11], l'acte de récusation est envoyé[12] au procureur de la République près le tribunal de première instance du ressort, qui saisit ce tribunal[13], et fait juger la récusation dans la huitaine[14] sur ses conclu-

[6] La récusation verbale à l'audience est interdite : ce serait manquer de respect à un magistrat que de lui signifier en face qu'on n'a pas confiance en lui, et qu'on ne veut pas l'avoir pour juge (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 263; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 196; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 530; Rodière, *op. et loc. cit.;* comp., sur la manière de récuser les membres des tribunaux de première instance, t. II, § **761**). Si une partie se trouvait à l'improviste en présence d'un juge récusable, mais sur l'abstention duquel elle croyait pouvoir compter, elle demanderait le renvoi à une autre audience, et, dans l'intervalle, ferait signifier sa récusation ainsi qu'il va être dit (Bourbeau, *op. et loc. cit.;* Rodière, *op. et loc. cit.*). Il n'y a pas de délai pour exercer le droit de récusation, mais il faut le faire avant que le débat s'engage, à moins que la cause de récusation ne se produise après ce moment : dans ce cas, on peut l'invoquer jusqu'au jugement (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 264, 265 et 271; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 197 et 205; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*, Rodière, *op. et loc. cit.;* trib. de Strasbourg, 27 janv. 1870, D. P. 71. 3. 53).

[7] Motivé, et signé de lui ou de son fondé de pouvoir (Art. 45) : le récusant qui ne peut signer est tenu de constituer un mandataire (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 262; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 195; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Rodière, *op. et loc. cit.*).

[8] Et non pas au juge lui-même, par égard pour lui (Voy. t. II, § **761**). L'original est visé par le greffier (Art. 45) et déposé, à son refus, au parquet du procureur de la République où il est visé (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 260; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 194; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*).

[9] « Par le premier huissier requis » dit l'article 45. Si les huissiers du canton refusaient d'instrumenter ainsi contre le juge de paix, ils encourraient des peines disciplinaires (D. 18 juin 1811, art. 85; D. 14 juin 1813, art. 42). Le projet de 1894 autorise les parties à former la récusation en personne par déclaration au greffe (*Loc. cit.*).

[10] « La copie sera déposée au greffe, et communiquée immédiatement au juge par le greffier » (Art. 45).

[11] S'il acquiesce à la récusation, tout est dit : il ne peut plus se rétracter, et l'adversaire du récusant ne peut le sommer de juger (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 273, 274 et 277; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 198 et 201; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*). Cet acquiescement peut n'être pas constaté par un jugement (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 276). Si le juge conteste la récusation ou n'y répond pas, il doit s'abstenir de connaître de l'affaire depuis que l'acte de récusation lui a été communiqué, et jusqu'à ce que la récusation soit jugée ainsi qu'il sera dit ci-après (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 266 et 267; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 193 et 193 *bis;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Rodière, *op. et loc. cit.;* civ. cass. 30 mars 1896, D. P. 97. 1. 260). Pour les mesures urgentes, on s'adresserait par la voie du référé au président du tribunal (Rodière, *op. et loc. cit.*; voy., sur cette procédure, le tome VIII).

[12] Non pas d'office par le greffier, mais seulement à la poursuite de la partie la plus diligente (Art. 47; Bioche, *op. et v° cit.*, n° 279; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 200; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*).

[13] Art. 47.

[14] Si le tribunal laisse passer ce délai sans se prononcer, on procède confor-

sions[15], les parties présentes ou en leur absence[16], et en dernier ressort[17]. Si la récusation est admise, la demande principale est portée devant l'un des suppléants du juge de paix; s'ils sont tous empêchés ou également récusables, elle est renvoyée devant un autre juge de paix, que le tribunal désigne parmi ceux de l'arrondissement[18]; si la récusation est rejetée, le juge de paix définitivement saisi passe outre au jugement[19]. Il faut donc, pour que la justice de paix du canton soit dessaisie : 1) que la récusation du juge de paix soit admise; 2° que tous ses suppléants soient hors d'état de juger à sa place[20].

mément à l'article 507 relatif au déni de justice (Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 203 *ter;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* comp., sur l'article 507, t. I, § **144**), mais l'article 396 n'est pas applicable (Voy. *infrà*, note 16; et, sur cet article, t. II, § **762**).

[15] C'est-à-dire que l'affaire lui est communicable (Art. 47; comp. t. I, § **202**).

[16] « Sans qu'il soit besoin d'appeler les parties » (Art. 47). Le tribunal appréciera s'il vaut mieux les entendre ou juger en leur absence (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 280; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 202; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*); mais, comme il a le droit de statuer sans elles, le récusant ne peut être rendu responsable du retard apporté à la solution de cet incident; en d'autres termes, l'article 396 n'est pas applicable à cette hypothèse (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 281; comp., sur l'article 396, t. II, § **762**, et *suprà*, note 14). Il n'en est pas de même des articles 394 et 395; ils s'appliquent aussi bien à la récusation des juges de paix qu'à celle des magistrats qui composent le tribunal de première instance (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 283; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 203; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*). La preuve testimoniale est toujours admise en matière de récusation (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 255; comp. t. II, § **762**).

[17] La récusation des membres du tribunal de première instance n'est jamais jugée qu'à charge d'appel (Voy. t. II, § **763**).

[18] Voy., sur l'application de la loi du 26 ventôse an XII qui contient cette disposition (Art. 1), Bioche, *op. et v° cit.*, n° 287; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 198 *bis;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 531; Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 32.

[19] Le juge de paix pourra, conformément à l'article 390, demander des dommages-intérêts à la partie qui l'aura récusé mal à propos, mais l'amende prononcée contre elle par cet article ne s'applique pas en justice de paix : les peines ne s'étendent point, par analogie, d'un cas à un autre (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 284; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 205 *bis;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Bourbeau, *op. et loc. cit.;* Rodière, *op. et loc. cit.;* trib. de Strasbourg, 27 janv. 1870, D. P. 71. 3. 53). La prétention contraire de la régie de l'enregistrement (Circ. 6 juin 1831; D. A. *v° cit.*, n° 164) ne saurait être admise (Voy., sur l'article 390, t. II, § **762**). Le projet de 1894 applique en justice de paix l'amende actuellement prononcée par l'article 390 (*Loc. cit.*).

[20] Art. 45 et 47. L. 26 vent. an XII, art. 14. Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 532. Rodière, *op. et loc. cit.* Même solution en cas d'abstention volontaire du juge : l'affaire doit être portée devant un de ses suppléants, et, à leur défaut, devant le juge d'un autre canton du même arrondissement désigné par le tribunal de première instance (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 274; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 199; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*).

§ **1001**. Toutes les affaires de la compétence des juges de paix s'instruisent dans la même forme, mais les conditions spéciales de recevabilité des actions possessoires, l'exclusion presque absolue de la garantie incidente en cette matière, et surtout la défense de cumuler le possessoire et le pétitoire, donnent à ces actions une physionomie particulière[1].

§ **1002**. A. Il ne s'agit pas ici des conditions générales de recevabilité des actions possessoires, des objets dont la possession est ainsi garantie, des qualités que cette possession doit offrir, du temps qu'elle doit avoir duré, et des faits qui peuvent donner lieu à ces actions : ces divers points ont été amplement expliqués aux §§ **350** et suivants. Il s'agit de deux règles plus spéciales : l'une empruntée à l'ancienne jurisprudence et généralement admise aujourd'hui; l'autre formellement écrite, du moins en partie, dans l'article **26**.

§ **1003**. *a*. La première, qui se formulait autrefois ainsi : « Complainte sur complainte ne vaut », signifiait : 1° que le demandeur en complainte, ayant succombé dans sa demande et possédé depuis durant un an et un jour, ne peut, en cas de nouveau trouble, intenter une autre complainte; 2° qu'un tiers, se prétendant possesseur d'une chose dont la possession est également litigieuse entre deux autres parties, ne peut agir directement en complainte contre aucune d'elles, mais seulement intervenir dans le procès qui les divise[1]. La première de ces solutions ne fait aucun doute, car le demandeur, resté en possession après l'insuccès de sa complainte, n'a plus possédé que par tolérance et, dès lors, précairement[2]; la seconde

§ **1001**. [1] Voy., sur la théorie générale des actions possessoires, t. I, §§ **350** et suiv. Je ne parlerai dans les §§ suivants que de la complainte et de la réintégrande, mais je rappelle que le mot *complainte* comprend la dénonciation de nouvel œuvre, qui se confond presque entièrement avec la complainte (Voy. t. I, §§ **352** et **365**).

§ **1002**...

§ **1003**. [1] Imbert, *Practica forensis*, liv. I, ch. XVI, n° 11 (P. 94). Aj. Bioche, *op. cit.*, v° *Action possessoire*, n° 317; Favard de Langlade, *op. cit.*, v° *Complainte*, sect. I, § V; Henrion de Pansey, *op. cit.*, p. 430.

[2] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 315 et 318. Voy., sur la possession précaire et sur les conséquences de la précarité en matière d'actions possessoires, t. I, §§ **365** et **366**. Il ne faut pas confondre avec cette question celles de savoir : 1° si la complainte

est à bon droit contestée, car on ne voit pas de motif, la tradition à part, pour repousser la complainte formée par un tiers contre des parties déjà engagées dans un procès de même nature; l'intervention serait certainement plus simple, mais une demande principale par voie de citation est également recevable[3].

et la réintégrande peuvent être réunies dans la même instance; 2° si le demandeur qui a succombé dans la réintégrande peut agir ensuite en complainte; 3° si, *vice versâ*, le demandeur qui a échoué dans la complainte peut former ensuite la réintégrande. Ces trois questions, qui se tiennent, doivent se résoudre ainsi qu'il suit. 1° Cumuler la complainte et la réintégrande dans la même instance, ce serait permettre au défendeur à la réintégrande d'exciper de sa possession annale, pour échapper à l'obligation de remettre les choses en état et de réparer le dommage causé par ses propres voies de fait; ce serait, en d'autres termes, lui permettre de repousser la réintégrande, sous prétexte que le demandeur ne justifie pas d'une année de possession. Cette prétention est-elle fondée? Cela dépend du parti qu'on prend sur la controverse exposée t. I, § **368** : le défendeur est dans son droit, si la réintégrande exige pour réussir les mêmes conditions que la complainte, spécialement la possession annale; la prétention du défendeur est mal fondée, si l'on admet, avec la jurisprudence, que le demandeur en réintégrande n'a point à justifier de cette condition. On concédera, d'ailleurs, dans ce dernier système : 1) que le juge de paix n'est pas tenu de s'attacher à la lettre de la citation, et qu'il a le droit d'examiner si les faits présentés comme caractéristiques d'une spoliation ne sont pas, en réalité, de simples troubles, et si, par conséquent, l'action portée devant lui n'est pas une complainte dont le succès exige la possession annale; 2) que le demandeur en réintégrande peut accepter le débat sur la question de possession annale, que le juge de paix se trouve alors valablement saisi, et que le consentement du demandeur transforme ainsi la réintégrande en complainte. 2° Le demandeur en réintégrande qui a succombé dans sa demande ne peut agir ensuite en complainte : 1) dans le système admis par la jurisprudence, car, ayant échoué dans une action où il n'a ni établi ni même invoqué la possession annale, il peut réussir dans une autre action où il prouvera qu'il a possédé pendant un an; 2) même dans l'opinion contraire, car, ayant argué inutilement dans une première instance de la dépossession violente qu'il disait avoir subie, il peut, sans contredire aucunement la chose jugée, alléguer dans un second procès des troubles de fait et de droit qui n'ont pas constitué la dépossession. Toutefois, il en serait différemment s'il avait consenti à ce que le défendeur à la réintégrande fît porter le débat sur la durée de la possession, car, ayant laissé la réintégrande dégénérer ainsi en complainte, il ne pourrait plus intenter cette dernière action. 3° Le demandeur qui a succombé dans sa complainte peut encore agir en réintégrande, si l'on admet, conformément à la jurisprudence, que le succès de cette dernière n'exige pas la possession annale, car, ayant échoué dans la complainte faute d'avoir justifié de cette possession, il peut encore triompher dans la réintégrande où il n'est pas tenu de faire cette preuve. Si, au contraire, la complainte et la réintégrande exigent l'une et l'autre que le demandeur ait possédé pendant un an, celui-ci ne pourra pas intenter la complainte après la réintégrande, car, en jugeant dans cette dernière qu'il n'a pas été dépouillé violemment, le juge de paix a décidé, *à fortiori*, qu'il n'a pas été troublé (Voy., sur ce point, Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 132 *bis;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 426; req. 12 août 1874, D. P. 76. 1. 501).

[3] Voy., en ce sens, Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 122; et, en sens contraire, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 317, Favard de Langlade, *op.*, *v° et loc. cit.*, Carré, *op. et loc. cit.*, Henrion de Pansey, *op. et loc. cit.* Cette question ne présente pas un grand intérêt, si l'on admet avec moi que l'intervention ne peut être formée

§ **1004**. *b*. L'article 26 a plus d'importance : « le de-« mandeur au pétitoire ne sera plus, dit-il, recevable à agir au « possessoire ». Cette fin de non-recevoir[1] écarte celui qui, pouvant agir en complainte ou en réintégrande a, soit à dessein soit par erreur, intenté la revendication devant le tribunal de première instance[2]. On peut l'expliquer de deux manières, et il n'est pas indifférent d'adopter l'une ou l'autre : 1° par l'ancienne règle « *Unâ viâ electâ non datur regressus ad alte-« ram* »[3]; 2° par une reconnaissance implicite de la possession du défendeur[4]. Si l'on s'attache à la première idée, on en conclura que le demandeur au pétitoire peut encore agir au possessoire en se désistant de son action pétitoire[5], s'il l'a formée devant un juge incompétent[6], ou si de nouveaux troubles surviennent depuis sa demande[7]. Son désistement

à l'audience du juge de paix, mais seulement par un exploit qui ne diffère guère d'une citation en complainte (Voy., sur ce point, *suprà*, § **990**, note 8). Dans tous les cas, la complainte une fois jugée, l'intervention n'aurait plus d'objet, et le tiers qui prétendrait avoir droit à la possession ne pourrait qu'intenter une nouvelle complainte contre celle des deux parties qui l'aurait emporté dans la première (Bioche, *op.*, *v° et loc. cit.*). L'assignation en déclaration de jugement commun est admise en matière possessoire, aussi bien que l'intervention volontaire (Req. 20 avr. 1808, D. A. *v° cit.*, n° 675, voy., sur cette demande, *suprà*, § **958**).

§ **1004**. [1] Elle n'existait pas en droit romain. « *Nihil commune habet pro-« prietas cum possessione, et ideo non denegatur ei interdictum* Uti possidetis « *qui cœpit rem vindicare; non enim videtur possessioni renunciâsse qui rem « vindicavit* » (Dig., L. 12, § 1, *De adq. vel. am. poss.*, XLI, II; comp. t. I, § **344**, note 9). Cette fin de non-recevoir peut-elle être opposée d'office? Je le crois : le juge de paix est en quelque sorte incompétent *ratione materiæ* pour décider sur la possession lorsqu'il y a déjà jugement sur le fond du droit (Voy., sur cette incompétence et sur les conséquences qui en résultent, t. II, §§ **400** et suiv.).

[2] Est-ce à dire qu'on reconnaisse la possession annale de son adversaire par cela seul qu'on a agi contre lui au pétitoire? Voy., pour la négative, civ. cass. 13 juill. 1886 (D. P. 87. 1. 74); req. 22 févr. 1888 (D. P. 88. 1. 387). Je me place dans l'hypothèse la plus simple; mais l'article 26 s'appliquerait également au demandeur qui aurait introduit une action confessoire ou négatoire à raison d'une servitude susceptible de donner lieu à une action possessoire (Voy., sur les actions possessoires en fait de servitudes, t. I, § **356**).

[3] Voy., sur cette règle, t. I, § **375**.

[4] Voy., en ce sens, Aubry et Rau, *op. cit.*, 5e éd., t. II, p. 208; Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 375 et suiv.; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 127 et 128; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Bourbeau, *op. cit.*, t. VIII, n° 406; Rodière, *op. cit.*, p. 80; Bonnier, *op. cit.*, n° 924; Henrion de Pansey, *op. cit.*, p. 467 et suiv. On verra aux notes suivantes que, d'accord sur le principe, tous les auteurs ne s'entendent pas sur ses conséquences, et que leurs solutions manquent parfois de logique.

[5] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 375. Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, n°s 406 et 408.

[6] Req. 7 mars 1866 (D. P. 66. 1. 391).

[7] Aubry et Rau, *op. et loc. cit.* Bioche, *op. et v° cit.*, n° 379. Carré, *op. cit.*

substantielles, à savoir : 1° la convocation des parties[14], 2° la rédaction d'un procès-verbal contenant l'avis motivé des experts, et dressé par le greffier s'ils ne savent pas tous écrire[15]. Cette dernière formalité est de rigueur toutes les fois que les parties n'ont pas déclaré se contenter d'un rapport verbal à l'audience[16], car c'est le seul moyen de communiquer officiellememt au juge de paix les résultats de l'expertise qui doit servir de base à son jugement; et l'article 43, qui dit que « dans les causes non sujettes à l'appel il ne sera point « dressé de procès-verbal », doit s'entendre seulement du cas où le juge de paix, ayant assisté à l'expertise, est suffisamment édifié sur sa valeur[17]. Les autres formalités ne sont pas requises à peine de nullité[18] : le juge de paix, qui n'est jamais lié par les conclusions des experts[19], peut aussi, suivant les cas, suivre leur avis, ne fût-il pas régulièrement donné[20], ou prescrire une nouvelle expertise[21].

§ **997**. *c*. Le juge de paix qui ne s'en fie pas au rapport des experts, et veut constater personnellement l'état des lieux, rend, à cet effet, sur la demande des parties ou même d'office[1], un jugement qui fixe le jour et l'heure où il se transportera sur place en leur présence ou en celle de leurs

[14] Civ. cass. 1er juill. 1874 (D. P. 74. 1. 334). *Contrà*, req. 20 juill. 1837 (D. A. v° *Excès de pouvoir*, n° 14). Bien entendu, la présence des parties n'est pas indispensable, et il suffit de les avoir régulièrement appelées (Civ. rej. 17 juin 1868; D. P. 68. 1. 330).

[15] Voy., sur ce procè-verbal, Bioche, *op.*, *v° et loc. cit.*

[16] Voy., sur ce point, dans la procédure ordinaire, *suprà*, § **871**.

[17] Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, n° XXXIV *bis*. Au contraire, le projet de 1894 pose en règle générale que le rapport des experts sera présenté oralement (*Loc. cit.*).

[18] Bourbeau, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 37. Voy. cep. civ. cass. 11 juin 1856 (D. P. 56. 1. 306).

[19] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 229. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 173 et 177. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. cit.*, t. I, n° 518. Rodière, *op. et loc. cit.* Voy., sur cette règle qui n'est, d'ailleurs, que l'application d'un principe plus général, *suprà*, § **873**.

[20] Art. 42 et 43.

[21] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 219. Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 517. Rodière, *op. et loc. cit.*

§ **997**. [1] La défense de taxer les frais du transport ordonné d'office (Voy. *infrà*, même §) n'empêche pas les constatations faites dans ce transport d'être utiles et valables; le juge de paix peut les prendre pour base de son jugement, et les indiquer dans les motifs de ce dernier (Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 40 *bis*, Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*, Bonnier, *op. cit.*, n° 896, req. 7 janv. 1829, D. A. v° *Action possessoire*, n° 659; comp. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 210).

fondés de pouvoir[2] : sont-elles présentes à ce jugement, il vaut pour elles sommation de se trouver sur les lieux; est-il rendu en leur absence, on le leur signifie pour les mettre à même d'assister à la visite et de présenter leurs observations[3]. Le greffier qui, comme toujours, accompagne le juge[4], apporte avec lui la minute du jugement qui a ordonné la visite, et, suivant les circonstances, le jugement définitif est rendu séance tenante ou renvoyé à l'audience[5]. Les frais de transport ne sont taxés que sur l'expresse réquisition des parties ou de l'une d'elles, et le jugement en fait mention[6].

§ **998**. *d.* Un procédé très pratique, et que le Code autorise, consiste à combiner la visite des lieux avec l'enquête ou avec l'expertise. Si le juge de paix trouve utile d'entendre sur place, pour les contrôler séance tenante, les dépositions des témoins et les explications des experts, il ordonne que les témoins seront entendus sur les lieux et en sa présence[1], ou que lui-même s'y transportera avec les experts. Cette procédure aura même, en un sens, l'avantage de simplifier les formes et d'économiser les frais, car les experts n'auront pas à dresser de rapport, et un seul procès-verbal ou le jugement même, s'il est rendu séance tenante, constatera leurs opérations et la descente du juge[2] : mais, comme le transport de ce

[2] Voy., sur le droit qu'elles ont de s'y faire remplacer par des fondés de pouvoir, Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 172; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*

[3] Elles sont nécessairement appelées à la visite d'une manière ou d'une autre, et les constatations faites sans leur convocation préalable ne peuvent servir de base au jugement (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 308; Bourbeau, *op. cit.*, t. VII; Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 36; n° 516; Bonnier, *op. et loc. cit.*; comp. *suprà*, § **877**).

[4] Voy., sur cette règle, t. I, § **210**.

[5] Voy., sur ce point, Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 211 et 213; req. 13 janv. 1886 (D. A. v° *Descente sur lieux*, supp., n° 18); req. 9 déc. 1889 (D. P. 90. 2. 110). Le juge de paix n'est pas tenu, comme en cas d'expertise ou de visite de lieux par lui faite conjointement avec les experts (Comp., sur cette hypothèse, le § précédent et le § suivant), et lors même qu'il s'agirait d'une affaire par lui jugée à charge d'appel, de constater son transport par un procès-verbal (Civ. cass. 22 juill. 1895; D. P. 96. 1. 376).

[6] Art. 30 et 41. D. 16 févr. 1807, art. 8. Comp., sur ce point, dans la procédure des tribunaux de première instance, t. II, § **877**.

§ **998**. [1] Ils sont tenus de s'y transporter sous les peines édictées par l'article 263 (Bonnier, *op. cit.*, n° 894; voy., sur ces peines, *suprà*, § **833**; aj., sur ce mode d'enquête, req. 7 juin 1810, D. A. v° *cit.*, n° 255).

[2] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 215 et 228. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 179. Chauveau, sur Carré, *op et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit.*

dernier et des témoins occasionne des frais qu'on n'a pas le droit d'imposer aux parties, on ne les taxe, ainsi qu'il est dit au § précédent, qui si ce transport a été requis par les parties ou par l'une d'elles, et si le jugement en fait mention[3]. On voit par-là combien est inexacte l'opinion d'après laquelle le cumul de l'expertise et de la descente sur lieux serait obligatoire, en ce sens que les experts ne pourraient jamais opérer qu'en présence du juge[4]. S'il en était ainsi, le juge ne pourrait ordonner l'expertise que sur la demande des parties ou en payant les frais de son propre déplacement, et se trouverait ainsi dans l'alternative de se mettre personnellement en frais ou de juger sans connaissance de cause[5].

§ **999**. *e*. La partie qui a le droit d'appeler garant[1] le fait soit dès qu'elle est citée, soit en comparaissant pour la première fois, soit même plus tard, pourvu que le droit à la garantie ou l'utilité de l'exercer ne se soient pas révélés de prime-abord, et que l'appel du garant ne soit pas un expédient pour retarder le paiement de la demande principale[2]. Dans le premier cas, le garanti demande, en comparaissant, un sursis suffisant pour que son garant puisse se présenter[3]; dans les autres cas, le juge lui accorde le temps nécessaire pour qu'il ait le temps de citer le garant, et pour que celui-ci ait le temps

[3] Voy., sur ce point, Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 179; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 35.

[4] Voy., en ce sens, Thomine-Desmazures, *op. cit.*, t. I, p. 115.

[5] Art. 38 et 42. D. 16 févr. 1807, art. 8. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 172 *ter*. Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 517. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 35. Bonnier, *op. cit.*, n° 897. Req. 20 juillet 1837 (D. A. v° *Excès de pouvoir*, *loc. cit.*). Req. 3 mai 1868 (D. P. 69. 1. 300). Req. 2 déc. 1868 (D. P. 71. 5. 176).

§ **999**. [1] L'article 32 dit *le défendeur*, mais on sait (Voy. *suprà*, § **942**) que le demandeur peut aussi appeler garant, et les règles qui vont être indiquées conviennent également à cette hypothèse (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 192 et 200; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 143 *bis* et 145 *bis*; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit*; Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 474). Le projet de 1894 rectifie, sur ce point, l'article 32 (P. 19).

[2] Voy., sur cette hypothèse, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 186; Bourbeau, *op. et loc. cit.* S'il a donné à son garant un trop long délai pour comparaître, le juge de paix, a le droit de l'abréger (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 191).

[3] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 190. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 143. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*

de comparaître[4] : le tout fixé conformément à l'article 5[5]. La citation donnée au garant est rédigée le plus simplement possible, sans signification des pièces à l'appui ni notification du jugement qui ordonne sa mise en cause[6]. Si le garanti n'a pas demandé cette mise en cause à sa première comparution, s'il a tardé à citer le garant, s'il lui a donné pour comparaître un trop long délai, ou si ce dernier ne comparaît pas au jour qui lui a été fixé[7], le juge de paix n'est pas tenu d'attendre, et peut faire immédiatement droit sur la demande principale, sauf à statuer ensuite sur la demande en garantie dont la mise en cause, quoique tardive, l'a régulièrement saisi[8]. Si même il arrivait que, le garant s'étant présenté au dernier moment, les deux demandes fûssent en état d'être jugées ensemble, le juge de paix aurait le droit, il ferait même bien de les juger simultanément[9]. Ces règles s'appliquent également au cas de sous-garantie[10].

§ **1000**. B. Les défenses et incidents dont le juge de paix n'est pas juge sont : 1° les questions de propriété immobilière, les contestations relatives à la qualité des parties, et

[4] Ce sursis ne peut lui être refusé (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 187; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 143 *ter;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.; contrà*, Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 29).

[5] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 189. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 143 *quater* et *quinquies*. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. cit.*, n° 888. Il n'est cependant pas défendu de proroger ce délai si les circonstances l'exigent (Bonnier, *op. et loc. cit.*).

[6] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 185. Le projet de 1894 confirme cette solution, et dispense même de rendre un jugement pour ordonner la mise en cause du garant : il suffira d'indiquer sur la feuille d'audience le délai qui lui est fixé pour comparaître (*Loc. cit.*).

[7] Voy., sur la manière de justifier que le recours en garantie a été réellement formé, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 190; Carré, *op. cit.*, t. I, n° XXVI; Bourbeau, *op. et loc. cit.* Comp. *suprà*, §§ **944** et suiv.

[8] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 196 et 198. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 145 et 146. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. cit.*, n° 889.

[9] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 197. Bourbeau, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. et loc. cit.* Voy. dans le même sens le projet de 1894 (*Loc. cit.*).

[10] Art. 32 et 33. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 193. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 144. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit.* Les autres règles de la garantie, notamment la distinction de la garantie formelle et de la garantie simple (Voy. *suprà*, §§ **949** et suiv.), s'appliquent aussi en justice de paix (Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 143 *sexies;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*

les demandes reconventionnelles qui relèvent par leur nature ou par leur chiffre de la compétence des tribunaux de première instance — j'ai dit aux §§ **450** et suivants quelle conduite il doit tenir en pareille matière — 2° sa propre récusation, sur laquelle il ne pourrait statuer lui-même sans manquer à toutes les convenances.

a. Les causes de récusation sont moins nombreuses en ce qui le concerne que pour les membres des tribunaux de première instance[1], à raison du caractère paternel de cette juridiction, et de l'inconvénient de récusations trop fréquentes qui, s'adressant à un juge unique, produiraient nécessairement tous les effets d'un renvoi[2]. « Les juges de paix « pourront être récusés : 1) quand ils auront intérêt person- « nel à la contestation; 2) quand ils seront parents ou alliés « d'une des parties jusqu'au degré de cousin germain inclu- « sivement; 3) si, dans l'année qui précède la récusation, il « y a eu procès criminel entre eux et l'une des parties, ou « son conjoint, ou ses parents et alliés en ligne directe; 4) s'il « y a procès civil existant entre eux et l'une des parties « ou son conjoint; 5) s'ils ont donné un avis écrit dans « l'affaire »[3].

b. La demande de récusation se porte, comme la demande en renvoi dont je viens de dire qu'elle est l'équivalent dans l'espèce, au tribunal de première instance du ressort[4]. Quand le juge de paix, sachant qu'il y a cause de récusation en sa personne, ne s'est pas spontanément abstenu[5], que le récusant a

§ **1000.** [1] Voy., quant à ces derniers, t. II, §§ **754** et suiv. Le projet de 1894 rend, au contraire, communes aux juges de paix toutes les causes de récusation des autres magistrats (P. 23).

[2] Voy., sur le renvoi, t. II, §§ **747** et suiv.

[3] Art. 44.

[4] Voy. t. II, § **750**.

[5] Il en a toujours le droit (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 268 et 270; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 192; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 529; Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 31; crim. cass. 14 déc. 1824, D. A. v° *Récusation*, n° 11); mais rien ne l'y force, et il juge valablement s'il était récusable mais n'a pas été récusé (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 269; Carré, *op. et loc. cit.;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Bourbeau, *op. et loc. cit.;* Rodière, *op. et loc. cit.;* civ. cass. 21 avr. 1812, D. A. *v° cit.*, n° 89). *Quid* cependant, s'il était soit juge et partie, soit conjoint ou parent en ligne directe d'une partie? Voy. Bourbeau, *op. et loc. cit.;* Rodière, *op. et loc. cit.* Devant qui l'affaire sera-t-elle portée en cas d'abstention du juge de paix? Voy. *infrà*, note 20.

fait signifier[6] son acte de récusation[7] au greffe[8] par ministère d'huissier[9], que le juge de paix en a reçu communication[10], et qu'il y a répondu par un refus de s'abstenir ou laissé passer deux jours sans y répondre[11], l'acte de récusation est envoyé[12] au procureur de la République près le tribunal de première instance du ressort, qui saisit ce tribunal[13], et fait juger la récusation dans la huitaine[14] sur ses conclu-

[6] La récusation verbale à l'audience est interdite : ce serait manquer de respect à un magistrat que de lui signifier en face qu'on n'a pas confiance en lui, et qu'on ne veut pas l'avoir pour juge (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 263; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 196; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 530; Rodière, *op. et loc. cit.*; comp., sur la manière de récuser les membres des tribunaux de première instance, t. II, § **761**). Si une partie se trouvait à l'improviste en présence d'un juge récusable, mais sur l'abstention duquel elle croyait pouvoir compter, elle demanderait le renvoi à une autre audience, et, dans l'intervalle, ferait signifier sa récusation ainsi qu'il va être dit (Bourbeau, *op. et loc. cit.*; Rodière, *op. et loc. cit.*). Il n'y a pas de délai pour exercer le droit de récusation, mais il faut le faire avant que le débat s'engage, à moins que la cause de récusation ne se produise après ce moment : dans ce cas, on peut l'invoquer jusqu'au jugement (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 264, 265 et 271; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 197 et 205; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*, Rodière, *op. et loc. cit.*; trib. de Strasbourg, 27 janv. 1870, D. P. 71. 3. 53).

[7] Motivé, et signé de lui ou de son fondé de pouvoir (Art. 45) : le récusant qui ne peut signer est tenu de constituer un mandataire (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 262; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 195; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Rodière, *op. et loc. cit.*).

[8] Et non pas au juge lui-même, par égard pour lui (Voy. t. II, § **761**). L'original est visé par le greffier (Art. 45) et déposé, à son refus, au parquet du procureur de la République où il est visé (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 260; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 194; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*).

[9] « Par le premier huissier requis » dit l'article 45. Si les huissiers du canton refusaient d'instrumenter ainsi contre le juge de paix, ils encourraient des peines disciplinaires (D. 18 juin 1811, art. 85; D. 14 juin 1813, art. 42). Le projet de 1894 autorise les parties à former la récusation en personne par déclaration au greffe (*Loc. cit.*).

[10] « La copie sera déposée au greffe, et communiquée immédiatement au juge par le greffier » (Art. 45).

[11] S'il acquiesce à la récusation, tout est dit : il ne peut plus se rétracter, et l'adversaire du récusant ne peut le sommer de juger (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 273, 274 et 277; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 198 et 201; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*). Cet acquiescement peut n'être pas constaté par un jugement (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 276). Si le juge conteste la récusation ou n'y répond pas, il doit s'abstenir de connaître de l'affaire depuis que l'acte de récusation lui a été communiqué, et jusqu'à ce que la récusation soit jugée ainsi qu'il sera dit ci-après (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 266 et 267; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 193 et 193 *bis*; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Rodière, *op. et loc. cit.*; civ. cass. 30 mars 1896, D. P. 97. 1. 260). Pour les mesures urgentes, on s'adresserait par la voie du référé au président du tribunal (Rodière, *op. et loc. cit.*; voy., sur cette procédure, le tome VIII).

[12] Non pas d'office par le greffier, mais seulement à la poursuite de la partie la plus diligente (Art. 47; Bioche, *op. et v° cit.*, n° 279; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 200; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*).

[13] Art. 47.

[14] Si le tribunal laisse passer ce délai sans se prononcer, on procède confor-

sions[15], les parties présentes ou en leur absence[16], et en dernier ressort[17]. Si la récusation est admise, la demande principale est portée devant l'un des suppléants du juge de paix; s'ils sont tous empêchés ou également récusables, elle est renvoyée devant un autre juge de paix, que le tribunal désigne parmi ceux de l'arrondissement[18]; si la récusation est rejetée, le juge de paix définitivement saisi passe outre au jugement[19]. Il faut donc, pour que la justice de paix du canton soit dessaisie : 1) que la récusation du juge de paix soit admise; 2° que tous ses suppléants soient hors d'état de juger à sa place[20].

mément à l'article 507 relatif au déni de justice (Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 203 *ter;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* comp., sur l'article 507, t. I, § **144**), mais l'article 396 n'est pas applicable (Voy. *infrà*, note 16; et, sur cet article, t. II, § **762**).

[15] C'est-à-dire que l'affaire lui est communicable (Art. 47; comp. t. I, § **202**).

[16] « Sans qu'il soit besoin d'appeler les parties » (Art. 47). Le tribunal appréciera s'il vaut mieux les entendre ou juger en leur absence (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 280; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 202; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*); mais, comme il a le droit de statuer sans elles, le récusant ne peut être rendu responsable du retard apporté à la solution de cet incident; en d'autres termes, l'article 396 n'est pas applicable à cette hypothèse (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 281; comp., sur l'article 396, t. II, § **762**, et *suprà*, note 14). Il n'en est pas de même des articles 394 et 395; ils s'appliquent aussi bien à la récusation des juges de paix qu'à celle des magistrats qui composent le tribunal de première instance (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 283; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 203; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*). La preuve testimoniale est toujours admise en matière de récusation (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 255; comp. t. II, § **762**).

[17] La récusation des membres du tribunal de première instance n'est jamais jugée qu'à charge d'appel (Voy. t. II, § **763**).

[18] Voy., sur l'application de la loi du 26 ventôse an XII qui contient cette disposition (Art. 1), Bioche, *op. et v° cit.*, n° 287; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 198 *bis;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 531; Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 32.

[19] Le juge de paix pourra, conformément à l'article 390, demander des dommages-intérêts à la partie qui l'aura récusé mal à propos, mais l'amende prononcée contre elle par cet article ne s'applique pas en justice de paix : les peines ne s'étendent point, par analogie, d'un cas à un autre (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 284; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 205 *bis;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Bourbeau, *op. et loc. cit.;* Rodière, *op. et loc. cit.;* trib. de Strasbourg, 27 janv. 1870, D. P. 71. 3. 53). La prétention contraire de la régie de l'enregistrement (Circ. 6 juin 1831; D. A. *v° cit.*, n° 164) ne saurait être admise (Voy., sur l'article 390, t. II, § **762**). Le projet de 1894 applique en justice de paix l'amende actuellement prononcée par l'article 390 (*Loc. cit.*).

[20] Art. 45 et 47. L. 26 vent. an XII, art. 14. Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 532. Rodière, *op. et loc. cit.* Même solution en cas d'abstention volontaire du juge : l'affaire doit être portée devant un de ses suppléants, et, à leur défaut, devant le juge d'un autre canton du même arrondissement désigné par le tribunal de première instance (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 274; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 199; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*).

§ **1001**. Toutes les affaires de la compétence des juges de paix s'instruisent dans la même forme, mais les conditions spéciales de recevabilité des actions possessoires, l'exclusion presque absolue de la garantie incidente en cette matière, et surtout la défense de cumuler le possessoire et le pétitoire, donnent à ces actions une physionomie particulière[1].

§ **1002**. A. Il ne s'agit pas ici des conditions générales de recevabilité des actions possessoires, des objets dont la possession est ainsi garantie, des qualités que cette possession doit offrir, du temps qu'elle doit avoir duré, et des faits qui peuvent donner lieu à ces actions : ces divers points ont été amplement expliqués aux §§ **350** et suivants. Il s'agit de deux règles plus spéciales : l'une empruntée à l'ancienne jurisprudence et généralement admise aujourd'hui; l'autre formellement écrite, du moins en partie, dans l'article **26**.

§ **1003**. *a*. La première, qui se formulait autrefois ainsi : « Complainte sur complainte ne vaut », signifiait : 1° que le demandeur en complainte, ayant succombé dans sa demande et possédé depuis durant un an et un jour, ne peut, en cas de nouveau trouble, intenter une autre complainte; 2° qu'un tiers, se prétendant possesseur d'une chose dont la possession est également litigieuse entre deux autres parties, ne peut agir directement en complainte contre aucune d'elles, mais seulement intervenir dans le procès qui les divise[1]. La première de ces solutions ne fait aucun doute, car le demandeur, resté en possession après l'insuccès de sa complainte, n'a plus possédé que par tolérance et, dès lors, précairement[2]; la seconde

§ **1001**. [1] Voy., sur la théorie générale des actions possessoires, t. I, §§ **350** et suiv. Je ne parlerai dans les §§ suivants que de la complainte et de la réintégrande, mais je rappelle que le mot *complainte* comprend la dénonciation de nouvel œuvre, qui se confond presque entièrement avec la complainte (Voy. t. I, §§ **352** et **365**).

§ **1002**...

§ **1003**. [1] Imbert, *Practica forensis*, liv. I, ch. XVI, n° 11 (P. 94). Aj. Bioche, *op. cit.*, v° *Action possessoire*, n° 317; Favard de Langlade, *op. cit.*, v° *Complainte*, sect. I, § V; Henrion de Pansey, *op. cit.*, p. 430.

[2] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 315 et 318. Voy., sur la possession précaire et sur les conséquences de la précarité en matière d'actions possessoires, t. I, §§ **365** et **366**. Il ne faut pas confondre avec cette question celles de savoir : 1° si la complainte

est à bon droit contestée, car on ne voit pas de motif, la tradition à part, pour repousser la complainte formée par un tiers contre des parties déjà engagées dans un procès de même nature; l'intervention serait certainement plus simple, mais une demande principale par voie de citation est également recevable[3].

et la réintégrande peuvent être réunies dans la même instance; 2° si le demandeur qui a succombé dans la réintégrande peut agir ensuite en complainte; 3° si, *vice versâ*, le demandeur qui a échoué dans la complainte peut former ensuite la réintégrande. Ces trois questions, qui se tiennent, doivent se résoudre ainsi qu'il suit. 1° Cumuler la complainte et la réintégrande dans la même instance, ce serait permettre au défendeur à la réintégrande d'exciper de sa possession annale, pour échapper à l'obligation de remettre les choses en état et de réparer le dommage causé par ses propres voies de fait; ce serait, en d'autres termes, lui permettre de repousser la réintégrande, sous prétexte que le demandeur ne justifie pas d'une année de possession. Cette prétention est-elle fondée? Cela dépend du parti qu'on prend sur la controverse exposée t. I, § **368** : le défendeur est dans son droit, si la réintégrande exige pour réussir les mêmes conditions que la complainte, spécialement la possession annale; la prétention du défendeur est mal fondée, si l'on admet, avec la jurisprudence, que le demandeur en réintégrande n'a point à justifier de cette condition. On concédera, d'ailleurs, dans ce dernier système : 1) que le juge de paix n'est pas tenu de s'attacher à la lettre de la citation, et qu'il a le droit d'examiner si les faits présentés comme caractéristiques d'une spoliation ne sont pas, en réalité, de simples troubles, et si, par conséquent, l'action portée devant lui n'est pas une complainte dont le succès exige la possession annale; 2) que le demandeur en réintégrande peut accepter le débat sur la question de possession annale, que le juge de paix se trouve alors valablement saisi, et que le consentement du demandeur transforme ainsi la réintégrande en complainte. 2° Le demandeur en réintégrande qui a succombé dans sa demande ne peut agir ensuite en complainte : 1) dans le système admis par la jurisprudence, car, ayant échoué dans une action où il n'a ni établi ni même invoqué la possession annale, il peut réussir dans une autre action où il prouvera qu'il a possédé pendant un an; 2) même dans l'opinion contraire, car, ayant argué inutilement dans une première instance de la dépossession violente qu'il disait avoir subie, il peut, sans contredire aucunement la chose jugée, alléguer dans un second procès des troubles de fait et de droit qui n'ont pas constitué la dépossession. Toutefois, il en serait différemment s'il avait consenti à ce que le défendeur à la réintégrande fît porter le débat sur la durée de la possession, car, ayant laissé la réintégrande dégénérer ainsi en complainte, il ne pourrait plus intenter cette dernière action. 3° Le demandeur qui a succombé dans sa complainte peut encore agir en réintégrande, si l'on admet, conformément à la jurisprudence, que le succès de cette dernière n'exige pas la possession annale, car, ayant échoué dans la complainte faute d'avoir justifié de cette possession, il peut encore triompher dans la réintégrande où il n'est pas tenu de faire cette preuve. Si, au contraire, la complainte et la réintégrande exigent l'une et l'autre que le demandeur ait possédé pendant un an, celui-ci ne pourra pas intenter la complainte après la réintégrande, car, en jugeant dans cette dernière qu'il n'a pas été dépouillé violemment, le juge de paix a décidé, *à fortiori*, qu'il n'a pas été troublé (Voy., sur ce point, Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 132 *bis;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 426; req. 12 août 1874, D. P. 76. 1. 501).

[3] Voy., en ce sens, Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 122; et, en sens contraire, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 317, Favard de Langlade, *op.*, *v° et loc. cit.*, Carré, *op. et loc. cit.*, Henrion de Pansey, *op. et loc. cit.* Cette question ne présente pas un grand intérêt, si l'on admet avec moi que l'intervention ne peut être formée

§ **1004**. *b*. L'article 26 a plus d'importance : « le de-« mandeur au pétitoire ne sera plus, dit-il, recevable à agir au « possessoire ». Cette fin de non-recevoir[1] écarte celui qui, pouvant agir en complainte ou en réintégrande a, soit à dessein soit par erreur, intenté la revendication devant le tribunal de première instance[2]. On peut l'expliquer de deux manières, et il n'est pas indifférent d'adopter l'une ou l'autre : 1° par l'ancienne règle « *Unâ viâ electâ non datur regressus ad alte-« ram* »[3]; 2° par une reconnaissance implicite de la possession du défendeur[4]. Si l'on s'attache à la première idée, on en conclura que le demandeur au pétitoire peut encore agir au possessoire en se désistant de son action pétitoire[5], s'il l'a formée devant un juge incompétent[6], ou si de nouveaux troubles surviennent depuis sa demande[7]. Son désistement

à l'audience du juge de paix, mais seulement par un exploit qui ne diffère guère d'une citation en complainte (Voy., sur ce point, *suprà*, § **990**, note 8). Dans tous les cas, la complainte une fois jugée, l'intervention n'aurait plus d'objet, et le tiers qui prétendrait avoir droit à la possession ne pourrait qu'intenter une nouvelle complainte contre celle des deux parties qui l'aurait emporté dans la première (Bioche, *op.*, *v° et loc. cit.*). L'assignation en déclaration de jugement commun est admise en matière possessoire, aussi bien que l'intervention volontaire (Req. 20 avr. 1808. D. A. *v° cit.*, n° 675, voy., sur cette demande, *suprà*, § **958**).

§ **1004**. [1] Elle n'existait pas en droit romain. « *Nihil commune habet pro-« prietas cum possessione, et ideo non denegatur ei interdictum* Uti possidetis « *qui cœpit rem vindicare; non enim videtur possessioni renunciâsse qui rem « vindicavit* » (Dig., L. 12, § 1, *De adq. vel. am. poss.*, XLI, II; comp. t. I, § **344**, note 9). Cette fin de non-recevoir peut-elle être opposée d'office? Je le crois : le juge de paix est en quelque sorte incompétent *ratione materiæ* pour décider sur la possession lorsqu'il y a déjà jugement sur le fond du droit (Voy., sur cette incompétence et sur les conséquences qui en résultent, t. II, §§ **400** et suiv.).

[2] Est-ce à dire qu'on reconnaisse la possession annale de son adversaire par cela seul qu'on a agi contre lui au pétitoire? Voy., pour la négative, civ. cass. 13 juill. 1886 (D. P. 87. 1. 74); req. 22 févr. 1888 (D. P. 88. 1. 387). Je me place dans l'hypothèse la plus simple; mais l'article 26 s'appliquerait également au demandeur qui aurait introduit une action confessoire ou négatoire à raison d'une servitude susceptible de donner lieu à une action possessoire (Voy., sur les actions possessoires en fait de servitudes, t. I, § **356**).

[3] Voy., sur cette règle, t. I, § **375**.

[4] Voy., en ce sens, Aubry et Rau, *op. cit.*, 5e éd., t. II, p. 208; Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 375 et suiv.; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 127 et 128; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Bourbeau, *op. cit.*, t. VIII, n° 406; Rodière, *op. cit.*, p. 80; Bonnier, *op. cit.*, n° 924; Henrion de Pansey, *op. cit.*, p. 467 et suiv. On verra aux notes suivantes que, d'accord sur le principe, tous les auteurs ne s'entendent pas sur ses conséquences, et que leurs solutions manquent parfois de logique.

[5] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 375. Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, n°s 406 et 408.

[6] Req. 7 mars 1866 (D. P. 66. 1. 391).

[7] Aubry et Rau, *op. et loc. cit.* Bioche, *op. et v° cit.*, n° 379. Carré, *op. cit.*

l'efface[8]; l'incompétence du tribunal où elle a été portée la rend en quelque sorte non avenue[9]; les nouveaux troubles qui viennent de se produire donnent naissance à une nouvelle action qui n'a pu s'éteindre avant de naître. Si l'on s'arrête à la seconde explication, les conséquences seront tout autres : on dira que le demandeur au pétitoire, ayant renoncé à l'action possessoire[10] ou reconnu — ce qui revient au même — qu'il n'avait pas le droit de l'exercer, ne peut plus agir au possessoire en se désistant de son action pétitoire[11], en alléguant l'incompétence du tribunal qu'il en a saisi[12], ou en prétextant des troubles postérieurs à l'introduction de cette demande[13]. Je ne puis voir dans l'article 26 une application de la règle « *Unâ viâ electâ non datur regressus ad alteram* », dont on a vu au § **375** que je n'admets pas l'existence dans le droit actuel; on comprendrait, d'ailleurs, difficilement que le demandeur au pétitoire eût renoncé, s'il se fût cru des droits à la possession, aux avantages considérables de la voie possessoire[14]. Il ne faut cependant rien exagérer : on n'est pas demandeur au pétitoire et, par conséquent, non-recevable au possessoire pour avoir simplement choisi des arbitres[15], introduit un référé[16], cité son adversaire en conciliation[17], agi au criminel à raison des voies de fait qu'il s'est permises[18],

t. II, quest. 128. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 407. Rodière, *op. et loc. cit.* Henrion de Pansey, *op. et loc. cit.* Req. 7 août 1817, 17 avr. et 24 juill. 1837 (D. A. *v° cit.*, n° 621). Civ. cass. 6 août 1845 (D. P. 45. 1. 396). Req. 6 août 1863 (D. P. 63. 1. 464). Civ. cass. 15 janv. 1894 (S. 94. 1. 132).

[8] Voy. sur l'effet du désistement, le tome VII.

[9] Sauf que la demande formée devant un juge incompétent interrompt quand même la prescription (Voy. t. I, § **288**; t. II, § **667**).

[10] A l'action possessoire, mais non pas à la possession (Voy. Dig., L. 12, § 1, *De adq. vel am. poss.*, XLI, II, citée *suprà*, note 1).

[11] Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 127. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*

[12] Civ. rej. 15 nov. 1865 (D. P. 66. 1. 116). Req. 22 juin 1897 (D. P. 97. 1. 560; S. 98. 1. 320).

[13] Bonnier, *op. et loc. cit.*

[14] Voy., sur les avantages de la possession en général, t. I, § **341**; et, particulièrement, au point de vue de la preuve, t. II, n° **699**.

[15] Req. 27 juin 1843 (D. A. *v° cit.*, n° 627). Civ. cass. 26 mars 1868 (D. P. 69. 1. 83). Voy., sur l'arbitrage, le tome VIII.

[16] Req. 7 mars 1866 (D. P. 66. 1. 381). Voy., sur le référé, le tome VIII.

[17] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 376. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 127 *bis*. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 406. Req. 24 mars 1868 (D. P. 69. 1. 83).

[18] Bourbeau, *op. et loc. cit.* Voy. cep. civ. rej. 18 août 1823 (D. A. *v° cit.*, n° 625). Il en est de même si, poursuivi en police correctionnelle pour voies de

ou pris part, comme intervenant, à un procès pétitoire déjà pendant entre d'autres parties[19]. Quant au défendeur au pétitoire, rien ne l'empêche d'agir au possessoire, car l'article 26 ne concerne que le demandeur, et il n'est pas admissible qu'on prive le possesseur des avantages du possessoire en prenant les devants et en se hâtant de l'actionner en revendication[20].

§ **1005**. B. On a tort de poser en principe, comme on le fait généralement, que les actions possessoires ne donnent pas lieu à garantie « parce qu'il ne s'agit point du fond du « droit, mais d'un fait dont la garantie ne peut être due « même par celui qui serait garant du fond du droit »[1]. On oublie, en raisonnant ainsi, deux choses : la première, c'est que l'action possessoire n'est pas toujours motivée par un trouble de droit, et qu'elle peut aussi se produire à l'occasion d'un trouble de fait[2]; la seconde, c'est que le trouble de fait lui-même ne consiste pas dans des actes purement matériels, et suppose chez celui qui le commet une prétention contraire aux droits d'autrui[3]. Le fermier qui intente la complainte ou la réintégrande contre un soi-disant propriétaire qui l'a expulsé ou seulement troublé dans sa possession, et aussi le fermier qu'un tiers a actionné au possessoire en délaissement de l'immeuble loué, peuvent donc agir en garantie contre leur bailleur conformément à l'article 1727 du Code civil : « Si ceux qui ont commis des voies de fait prétendent avoir « droit sur la chose louée, ou si le preneur est lui-même cité « en justice pour se voir condamner au délaissement de la

fait exercées contre un possesseur, on s'est pourvu à fins civiles devant le tribunal de première instance, au lieu d'agir au possessoire devant le juge de paix (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 377; civ. cass. 10 janv. 1827, D. A. *v° cit.*, n° 92).

[19] Civ. cass. 1er déc. 1880 (D. P. 81. 1. 121). Voy., sur l'intervention en matière possessoire, le § précédent.

[20] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 381. Aubry et Rau, *op. et loc. cit.* Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 128. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 410. Bonnier, *op. et loc. cit.* Civ. cass. 8 avr. 1823; req. 30 mars 1830 (D. A. *v° cit.*, n° 630). Req. 19 avr. 1869 (D. P. 69. 1. 324).

§ **1005**. [1] Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 121. Aj., dans le même sens, Bioche, *op. et v° cit.*, nos 312 et 313, Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*, Henrion de Pansey, *op. cit.*, p. 366; et, dans l'ancien droit, Duparc-Poullain, *op. cit.*, t. VIII, p. 91.

[2] Voy. t. I, § **351**.

[3] Voy. *ib.* et, particulièrement, la note 7.

« totalité ou de partie de cette chose, ou à souffrir l'exercice « de quelque servitude, il doit appeler le bailleur en garan- « tie, et doit être mis hors d'instance, s'il l'exige, en nommant « le bailleur pour lequel il possède »[4]. Il en est de même de l'acheteur troublé dans la possession de l'immeuble vendu, violemment chassé de cet immeuble, ou actionné au possessoire pour se voir condamner à le délaisser : ces événements constituent pour lui un trouble de nature à provoquer son recours en garantie[5]. Le juge du possessoire est compétent pour statuer sur la garantie, à moins qu'elle ne soit contestée, car alors le fond du droit serait en jeu, et devrait être porté devant le tribunal de première instance : la demande principale et la demande en garantie seraient disjointes, et le juge du possessoire ne connaîtrait que de la première; mais le garanti conserverait le bénéfice de la seconde, et n'aurait pas à redouter l'application de l'article 1640 du Code civil[6].

§ **1006**. C. Le cumul du possessoire et du pétitoire a toujours été défendu en droit français[1], mais cette règle n'a plus

[4] Voy., sur cet article et sur la garantie due, en général, par le bailleur au fermier, *suprà*, §§ **940** et **942**. Voy. aussi, dans le même sens, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 313; Carré, *op. et loc. cit.*; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Henrion de Pansey, *op. et loc. cit.*; req. 21 janv. 1809 (D. A. v° *Degrés de juridiction*, n° 606). Je rappelle que l'action en garantie compète, suivant les cas, au demandeur ou au défendeur (V. *suprà*, § **942**).

[5] Req. 21 janv. 1809 (D. A. *v° et loc. cit.*). Il n'est donc pas besoin, pour faire fonctionner l'action en garantie de l'acheteur contre son vendeur en matière possessoire, de recourir aux hypothèses compliquées que les auteurs cités à la note précédente empruntent à Duparc-Poullain (*Op. et loc. cit.*) : un acheteur actionné au possessoire à raison du trouble causé par son vendeur à la possession d'un tiers, ou qui se voit contester la possession de son vendeur, alors qu'il prétend la joindre à la sienne pour compléter l'année de possession nécessaire pour pouvoir agir au possessoire (Voy., sur la jonction des possessions, t. I, § **365**).

[6] Voy., sur cet article, *suprà*, § **942**.

§ **1006**. [1] Il était permis en droit romain : « *Is qui destinavit rem petere « animadvertere debet an aliquo interdicto nancisci possit possessionem, quia « longe commodius est ipsum possidere et adversarium ad onera petitoris com- « pellere quam alio possidente petere* ». (Dig., L. 24, *De reiv.* VI, I; aj. *ib.*, L. 12, § 1, *De adq. vel am. poss.*, XLI, II; comp. t. I, § **344**, note 9). Voy. cep. Inst. Just., liv. IV, tit. XV, § 4 : « *Retinendæ possessionis causâ comparata sunt interdicta « Uti possidetis et Utrubi, quum ab utrâque parte de proprietate alicujus rei « controversia sit, et ante quæritur uter ex litigatoribus possidere et uter pe- « tere debeat; namque, nisi exploratum fuerit utrius eorum possessio sit, non « potest petitoria actio institui, quia et civilis et naturalis ratio facit ut alius « possideat alius a possidente petat* ».

aujourd'hui le sens qu'on lui donnait dans l'ancienne jurisprudence[2]. Autrefois que les justices de paix n'existaient pas[3], et que la réintégrande et la complainte se portaient devant les mêmes juges que la revendication[4], la défense de cumuler ces actions signifiait que le possessoire et le pétitoire ne pouvaient se joindre dans la même demande, s'instruire dans la même instance, et se décider par le même jugement[5]. Aujourd'hui qu'il y a pour ces deux procès une compétence distincte, que l'un se porte en premier ressort au juge de paix et l'autre au tribunal de première instance, et que ce dernier ne connaît du possessoire qu'en cause d'appel[6], la règle que « le possessoire et le pétitoire ne seront jamais cumulés[7] » emporte trois conséquences : 1° on ne doit porter ni l'action possessoire devant le tribunal de première instance, excepté en appel, ni l'action pétitoire devant le juge de paix; 2° si l'action possessoire est déjà pendante ou déjà jugée, le défendeur ne peut se pourvoir au pétitoire qu'après le jugement

[2] Elle est très ancienne dans la jurisprudence civile. Beaumanoir la pose dès le XIIIe siècle : « Pierre dist que Jehans l'a dessaisi de novel de l'iretage dont « il avoit esté en saisine an et jor, et puis dist dix ans, vingt ans ou de tel tans « que le coze lui est acquise par longe tenure. Et quant tex cas avient..... aura « Pierre renoncié à l'establissement que li rois a fet de noveles dessaisines, porce « qu'il fonda le plet sor le propriété » (*Op. cit.*, ch. XXXII, n° 29; éd. Beugnot, t. I, p. 478). Elle passe, au XVe siècle, de la pratique dans la législation (O. avr. 1453, art. 72, *Ordonnances des rois de France*, t. XIV, p. 300; O. oct. 1535, ch. IX, art. 1, Isambert, *op. cit.*, t. XII, p. 473). Elle est consacrée, en dernier lieu, par l'ordonnance d'avril 1667 (Tit. XVIII, art. 5). Bourbeau ne croit pas qu'elle ait existé dans le droit canonique (*Op. cit.*, t. VII, n° 425); il résulte cependant des Décrétales de Grégoire VII (Liv. II, tit. XIII, const. 1; dans le *Corpus juris canonici*, éd. Richter, t. II, p. 270), que le défendeur injustement dépouillé renonce à l'*exceptio spolii* en acceptant de plaider sur le fond du droit (Paul Fournier, *op. cit.*, p. 165, note 4), de même que le demandeur au pétitoire n'est plus recevable aujourd'hui à agir au possessoire (Voy. *suprà*, § **1004**).

[3] Voy., sur la création de cette magistrature par le décret des 16-24 août 1790, t. I, § **46**.

[4] C'est pour simplifier que je parle seulement de la revendication : j'en pourrais dire autant des actions confessoire et négatoire relatives aux servitudes qui sont susceptibles de donner lieu à une instance possessoire (Comp. *suprà*, § **1004**, note 2).

[5] « Les demandes en complainte ou en réintégrande ne pourront être jointes « au pétitoire ni le pétitoire poursuivi, que la demande en complainte ou en « réintégrande n'ait été terminée, et la condamnation parfournie et exécutée. « Deffendons d'obtenir lettres pour cumuler le pétitoire avec le possessoire » (O. avr. 1667, tit. XVIII, art. 5; voy., sur les lettres de chancellerie auxquelles il est fait ici allusion, et par lesquelles on accordait autrefois la permission de former des demandes contraires aux ordonnances ou à la coutume, t. II, § **650**, note 5).

[6] Voy. t. I, §§ **49**, **61** et **339**.

[7] Art. 25.

du possessoire, et même, s'il a succombé, après l'exécution de ce jugement : 3° le juge du possessoire ne peut ni statuer sur la propriété, ni même décider de la possession par des raisons tirées exclusivement du fond du droit.

A vrai dire, la première de ces conséquences ne fait qu'exprimer sous une autre forme une règle de compétence *ratione materiæ*[8], et les deux dernières sont les seules qui se rattachent nécessairement à la défense de cumuler le possessoire et le pétitoire, laquelle se confond avec l'institution même des actions possessoires. S'il est utile de protéger la possession pour elle-même et de réprimer les voies de fait, quel qu'en soit l'auteur et fût-il propriétaire[9], force doit rester quand même à la possession, et le défendeur au possessoire ne peut échapper à la responsabilité de ses actes en se retranchant, même à raison, derrière sa qualité de propriétaire : « *spoliatus* « *ante omnia restituendus* ». C'est la loi de la complainte aussi bien que de la réintégrande[10], et c'est pour cela que la barrière est strictement fermée entre le possessoire et le pétitoire[11]. J'ajoute que cette séparation ne s'applique qu'aux actions possessoires proprement dites, et ne concerne pas les contestations prévues par les lois du 25 mai 1838 (Art. 6-2° et 3°) et du 10 juin 1854[12], à savoir : 1° les actions relatives au

[8] Aubry et Rau, *op. cit.*, t. II, p. 219. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 116. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 636. Bonnier, *op. et loc. cit.* Aussi la défense faite au juge du possessoire de statuer sur la propriété, et de trancher la question possessoire par des raisons tirées du fond, est-elle surtout remarquable lorsqu'elle s'adresse au tribunal de première instance devant lequel une action possessoire vient en cause d'appel. Que le juge de paix ne puisse statuer sur la propriété ou juger par des motifs tirés du droit de propriété, cela pourrait s'expliquer, à la rigueur, par les principes qui régissent sa compétence *ratione materiæ;* mais qu'il en soit de même du tribunal de première instance, malgré sa plénitude de juridiction et le droit qu'il a de statuer sur toutes les questions de propriété immobilière, cela ne peut tenir qu'à la nécessité de séparer le pétitoire du possessoire à tous les degrés de juridiction (Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 79; civ. cass. 24 févr. 1846, D. P. 46. 1. 113; civ. cass. 12 janv. 1887, D. P. 87. 1. 182). On verra aux §§ **1079** et suivants que cette observation n'est pas purement doctrinale, et qu'elle présente un certain intérêt pratique.

[9] Voy., sur le rôle et l'utilité des actions possessoires, t. I, §§ **343** et **370**.

[10] Voy., sur la règle « *Spoliatus ante omnia restituendus* », qui domine toutes les actions possessoires, et d'où l'on conclut généralement, mais à tort, que la réintégrande n'exige pas les mêmes conditions que la complainte, t. I, §§ **346** et **368**.

[11] Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n°s 636 et 637. Aj. Bourbeau, *op. et loc. cit.*

[12] Art. 5.

bornage, à la distance prescrite pour les plantations d'arbres ou de haies, et aux travaux énoncés dans l'article 674 du Code civil, lesquelles ressortissent au juge de paix toutes les fois que la propriété ou la mitoyenneté ne sont pas contestées[13]; 2° les actions relatives à l'établissement et à l'exercice de la servitude de drainage, dont le juge de paix connaît entièrement sous la seule charge « de concilier les intérêts de « l'opération avec le respect dû à la propriété »[14]. Il ne doit, ni dans un cas ni dans l'autre, s'arrêter devant l'exception tirée de la possession annale : il cumule donc, en ce sens, le possessoire et le pétitoire[15].

Je dois seulement expliquer ici : 1° le rôle du juge de paix en présence d'une demande où la possession et le pétitoire seraient confondus; 2° la défense de faire porter sur le fond du droit les preuves fournies dans une action possessoire; 3° la non-recevabilité de l'action pétitoire que le défendeur au possessoire intenterait avant la fin de cette instance. C'est seulement aux §§ **1079** et suivants, à propos des jugements, qu'il sera parlé : 1° de l'obligation imposée au juge de paix de statuer uniquement sur la possession et par des raisons étrangères au fond du droit; 2° de la nécessité pour le défendeur condamné au possessoire d'exécuter, avant d'agir au pétitoire, les condamnations prononcées contre lui[16].

[13] Voy., sur ces actions, t. II, § **427**; sur l'exception de propriété ou de mitoyenneté qui peut y être opposée, *ib.*, § **446**; et, sur l'office du juge en matière de bornage, Morin, *Du bornage* (dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. VII, 1855, p. 508 et suiv.), Jay, *Du bornage* (*Ib.*, t. VIII, 1856, p. 477 et suiv.).

[14] Voy., sur ce point, Aubry et Rau, *op. cit.*, 4e éd., t. III, p. 23 et suiv.

[15] Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 415. Req. 11 déc. 1844 (D. P. 45. 1. 57).

[16] Quant au tribunal de première instance, dont je n'ai à expliquer en ce moment ni la compétence ni la manière de procéder (Voy., sur sa compétence *ratione materiæ*, t. II, §§ **410** et suiv.; et, sur la procédure à suivre devant lui, *ib.*, §§ **670** et suiv.), je me borne : 1° à rappeler le principe qu'il ne peut statuer, même incidemment, sur une action possessoire, à moins d'en être saisi comme tribunal d'appel (Aubry et Rau, *op. cit.*, 5e éd., t. II, p. 204 et 209; req. 21 brum. an XIV, D. A. v° *Action possessoire*, n° 594; req. 7 août 1817, D. A. v° *cit.*, n° 621; civ. cass. 4 août 1819, D. A. v° *cit.*, n° 634; Rennes, 25 mars 1820, D. A. v° *cit.*, n° 553; req. 31 juill. 1821, D. A. v° *cit.*, n° 599; civ. rej. 28 juin 1825, D. A. v° *cit.*, n° 635; cons. d'Ét. 10 oct. 1825, D. A. v° *Compétence administrative*, n° 146; req. 15 janv. 1831, D. A. v° *Action possessoire*, n° 600; civ. cass. 17 avr. 1837, D. A. v° *cit.*, n° 621; civ. cass. 16 mars 1841, D. A. v° *cit.*, n° 593; civ. cass. 5 août 1845, D. P. 45. 1. 396; civ. cass. 15 avr. 1857, D. P. 57. 1. 165; comp. *suprà*, même §); 2° à avertir qu'il ne statue pas sur le possessoire, et qu'il agit, par conséquent, dans les limites de ses attributions : 1° en prenant des mesures pour la garde et la conservation de l'immeuble litigieux

§ **1007**. *a*. Le Code de procédure est moins rigoureux que Beaumanoir pour le demandeur qui a mêlé dans sa citation le possessoire et le pétitoire, soit en concluant à ces deux fins, soit en demandant sa maintenue ou sa réintégration par des raisons tirées du fond du droit. Cela suffisait jadis pour qu'il fût déchu de son action possessoire et jugé sur le fond, abstraction faite de la possession : « Aura, dit Beaumanoir, « le demandeur renoncié à l'establissement que li rois a fet « de noveles dessaisines, porce qu'il fonda le plet sor le pro- « priété »[1]. Cette fin de non-recevoir n'existe pas dans le Code, et ne peut être suppléée : tout ce que le juge de paix peut faire, c'est de disjoindre le possessoire et le pétitoire, de prononcer sur le premier, et de renvoyer le demandeur à se pourvoir sur le second devant le tribunal de première instance[2]. Il agira de même si la citation n'a trait qu'à la possession, mais qu'une des parties soulève au cours de l'instance un incident relatif à la propriété[3]. Si la demande n'avait que l'apparence d'une action possessoire et portait, en réalité, sur le fond du droit, le juge de paix se déclarerait incompétent, même d'office, puisqu'il s'agit d'incompétence *ratione materiæ*[4], mais sans qu'aucune déchéance en résultât

jusqu'à la solution du procès pétitoire, par exemple, en ordonnant sa mise sous séquestre (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. II, p. 218); 2) en prenant les faits de possession pour éléments de solution du débat sur la propriété, en se fondant, par exemple, sur ce que le possesseur doit, jusqu'à preuve contraire, être présumé propriétaire (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 371; voy., sur cette présomption, t. I, § **341**); 3) en maintenant le possesseur actuel dans sa possession, qui a duré un an et n'est aucunement déniée (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 372; req. 19 avr. 1836, D. A. *v° cit.*, n° 793); 3° que, s'il doit statuer au possessoire, il ne peut le faire que dans les mêmes conditions que le juge de paix, et qu'en conséquence il n'a pas plus que ce dernier le droit de cumuler le possessoire et le pétitoire (Civ. cass. 12 janv. 1887; D. P. 87. 1. 182).

§ **1007**. [1] *Op. et loc. cit.* (T. I, p. 778). Voy. *suprà*, le § précédent, note 2.

[2] Aubry et Rau, *op. cit.*, t. II, p. 205. Carré, *op. et loc. cit.* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 409. Ce dernier auteur explique cette différence en faisant remarquer que l'action possessoire et la revendication se portaient autrefois devant le même juge (Voy. le § précédent), et qu'il appartenait à celui-ci de se considérer comme uniquement saisi de la question de propriété qui dominait celle de possession. Aujourd'hui que le juge de paix saisi de l'action possessoire ne connaît pas du pétitoire, il doit, s'il est saisi des deux questions, se déclarer incompétent sur la seconde, mais la première demeure entière, et il a tout à la fois le droit et le devoir de la trancher.

[3] Aubry et Rau, *op. cit.*, t. II, p. 211. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 120. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*

[4] Aubry et Rau, *op. cit.*, t. II, p. 205 et 210. Belime, *op. cit.*, n° 441. C. sup.

et que le demandeur perdît le droit d'agir valablement au possessoire[5]. Il serait, d'ailleurs, admis à rectifier sa demande à l'audience, et à lui donner une forme mieux appropriée à la compétence du juge de paix[6].

§ **1008**. *b*. Le fait et le droit se prouvent en matière possessoire comme dans toute autre instance[1] — on peut y déférer le serment décisoire ou y alléguer un aveu extrajudiciaire[2]; le trouble de droit se démontre par la représentation des actes desquels il résulte[3]; la possession et le trouble de fait s'établissent par titres ou par témoins, comme toutes choses dont il est impossible de se procurer une preuve écrite[4]; l'interrogatoire des parties[5], l'expertise[6], la visite des lieux[7] et le serment supplétoire[8] viennent, au besoin, compléter la con-

just. de Luxembourg, 6 mars 1896 (S. 97. 4. 40). Voy. sur les caractères de l'incompétence *ratione materiæ*, t. II, §§ **400** et suiv.

[5] Bourbeau, *op. et loc. cit.* Voy. le § précédent, note 16.

[6] Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 116 *bis*. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Civ. cass. 9 déc. 1853 (D. P. 54. 1. 397).

§ **1008**. [1] Au demandeur incombe, comme d'ordinaire, la preuve de sa prétention, et au défendeur celle de sa défense (Req. 19 déc. 1831, D. A. *v° cit.*, n° 669; comp., sur les deux règles « *Actori incumbit onus probandi* » et « *Reus* « *excipiendo fit actor* », t. II, § **700**). La preuve de la possession d'un terrain s'étend même aux accessoires qui ne font qu'un avec lui (Civ. rej. 30 nov. 1892; D. P. 93. 1. 247; S. 93. 1. 68).

[2] Voy., sur l'aveu extrajudiciaire, t. II, § **720**; et, sur le serment décisoire, *suprà*, §§ **879** et suiv.

[3] Aubry et Rau, *op. cit.*, t. II, p. 210. Le juge de paix peut toujours ordonner la représentation des titres dont l'une ou l'autre partie affirme l'existence (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 297). Voy., sur le trouble de droit, t. I, § **351**.

[4] Aubry et Rau, *op. et loc. cit.* Bioche, *op. et v° cit.*, n° 288. Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 427. Voy., sur le trouble de fait, t. II, *ib.*; et, sur la preuve des faits matériels, *suprà*, § **820**. L'enquête n'est jamais obligatoire, et le juge de paix est également libre de l'ordonner d'office, et de la refuser lorsqu'on lui demande d'y procéder; l'article 24 (Voy. *infrà*, même §) n'a pas pour but de la rendre obligatoire, mais seulement d'en limiter la portée et d'empêcher qu'elle porte sur le fond (Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*; Bioche, *op. et v° cit.*, n° 292; Rodière, *op. et loc. cit.*; Belime, *op. cit.*, n° 417; req. 25 juill. 1826, D. A. *v° cit.*, n° 568; req. 28 juin 1830, D. A. *v° cit.*, n° 748; req. 31 août 1831, D. A. *v° cit.*, n° 741; civ. rej. 22 mai 1833, D. A. *v° cit.*, n° 159; req. 4 juin 1835, D. A. *v° cit.*, n° 330; voy., sur le droit qu'ont les tribunaux de première instance de refuser l'enquête demandée par les parties, *suprà*, § **835**).

[5] Soit sur faits et articles, soit par voie de comparution personnelle (Voy. t. II, §§ **785** et suiv.).

[6] Le juge de paix peut toujours l'ordonner (Req. 28 nov. 1866; D. P. 67. 1. 395).

[7] Même observation (Civ. cass. 7 janv. 1829, D. A. *v° cit.*, n° 659; req. 17 déc. 1844, D. P. 45. 1. 46).

[8] Voy. *suprà*, §§ **887** et suiv.

viction du juge[9] — mais la preuve qu'offrent les parties ou qu'ordonne le juge[10] doit se rapporter exclusivement à la possession, car ce serait confondre le possessoire et le pétitoire que de faire résulter le premier de preuves ou d'indices qui n'auraient trait qu'au second. Le juge de paix rejettera donc comme inutile et frustratoire la preuve que telle partie est ou n'est pas propriétaire; il s'abstiendra, à plus forte raison, de l'ordonner; il ne devra même tenir aucun compte des moyens de preuve qui, destinés dans sa pensée ou dans celle des parties, à faire la lumière sur la possession, n'auraient, en définitive, établi que la propriété[11]. Tel est le sens de l'article 24 : « Si la possession ou le trouble sont déniés, l'en« quête qui sera ordonnée ne pourra porter que sur le fond « du droit »[12]; et cette disposition, qui ne vise en apparence que la preuve testimoniale, n'est que l'application particulière d'un principe commun à toutes[13].

§ **1009**. *c*. Le Code de procédure a emprunté au droit canonique[1] la disposition de l'article 27 : « Le défendeur au « possessoire ne pourra se pourvoir au pétitoire qu'après que « l'instance sur le possessoire aura été terminée »; mais la

[9] Il la forme comme il veut (Voy., sur l'application du système des preuves naturelles en matière possessoire, req. 20 août 1812, D. A. *v° cit.*, n° 658, req. 28 juin 1825, D. A. *v° cit.*, n° 663); et, sur ce système en général, t. II, § **726**).

[10] Il peut, au besoin, ordonner simultanément ou successivement les divers moyens de preuve qui viennent d'être énumérés (Req. 10 janv. 1872; D. P. 73. 1. 133), excepté pourtant le serment supplétoire qui est subsidiaire, puisqu'il ne peut être déféré que si la demande ou la défense ne sont ni entièrement prouvées ni entièrement dénuées de preuve (Voy. *suprà*, § **888**).

[11] Req. 14 mars 1881 (D. P. 82. 1. 86). Trib. de Saint-Gaudens, 23 déc. 1881 (D. P. 82. 3. 119). Civ. cass. 8 janv. 1884 (D. P. 84. 1. 71).

[12] Voy., sur l'application de cet article, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 295; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 126; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 427; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 634; Bonnier, *op. cit.*, n° 923; civ. cass. 18 juin 1816 (D. A. *v° cit.*, n° 664); civ. cass. 29 août 1836 (D. A. *v° cit.*, n° 805); civ. rej. 15 avr. 1845 (D. P. 45. 1. 264; civ. cass. 22 août 1853 (D. P. 53. 1. 246); req. 5 avr. 1881 (D. P. 81. 1. 440); civ. rej. 14 avr. 1893 (D. P. 93. 1. 415; S. 93. 1. 463). Le juge de paix doit, en ordonnant l'enquête, indiquer que les témoins seront appelés à déposer sur la possession annale (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 294; req. 7 janv. 1829, D. A. *v° cit.*, n° 659; comp., sur l'obligation d'énoncer, dans les jugements qui ordonnent une enquête, les faits sur lesquels elle devra porter, *suprà*, § **836**).

[13] Voy. les arrêts cités *suprà*, note 11; et, sur l'application de cette règle à l'expertise, civ. cass. 10 juill. 1894 (S. 97. 1. 211).

§ **1009**. [1] Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 411. Paul Fournier, *op. cit.*, p. 165, note 3.

portée de cette règle ne doit pas être exagérée. D'une part, l'assignation donnée dans ces conditions devant le tribunal de première instance est valable, et interrompt, par conséquent, la prescription[2]; l'annuler ne serait pas plus conforme à la lettre qu'à l'esprit de l'article 27, qui veut seulement dire que le défendeur au possessoire, prématurément demandeur au pétitoire, n'aura audience, n'obtiendra la mise au rôle, et ne sera admis à conclure qu'après la fin du procès possessoire[3]. Est-ce une véritable exception dilatoire, dans le sens et avec l'intérêt pratique qui s'attachent d'ordinaire à cette qualification? Je m'en suis suffisamment expliqué au § **388**[4]. D'autre part, l'instance engagée devant le juge de paix suit son cours, malgré l'assignation que le demandeur au possessoire a reçue à comparaître devant le tribunal de première instance[5], et le défendeur qui l'a donnée peut revenir en justice de paix pour s'y défendre[6] : différence notable avec le demandeur au possessoire qui ne peut plus y plaider après s'être pourvu au pétitoire[7], mais différence qui s'explique par la diversité des situations. L'action est la propriété de celui qui l'intente[8], et l'on peut dire du demandeur qu'il renonce à son action possessoire en se pourvoyant au pétitoire avant qu'elle soit jugée; mais le défendeur n'est pas propriétaire de l'action dirigée contre lui, et on ne peut le considérer, lorsqu'il agit au pétitoire avant la solution du procès possessoire, comme renonçant à une action qui ne lui appartient pas[9].

[2] Aubry et Rau n'admettent pas cette solution, et déclarent cette demande non-recevable : ils accordent seulement qu'on pourra, par exception et dans les cas d'urgence, la regarder comme interruptive de prescription (*Op. cit.*, t. II, p. 220 et 222). N'est-ce pas, au fond, comme si elle était recevable ? Sa non-recevabilité n'a d'intérêt qu'au point de vue de l'interruption de prescription, et ce n'est guère qu'en cas d'urgence qu'il est intéressant de savoir si elle a interrompu, ou non, la prescription.

[3] Belime, *op. cit.*, n° 475. Crémieu, *op. cit.*, n° 435. Voy., sur le refus d'audience, t. II, § **643**.

[4] Aj. Bourges, 7 févr. 1816 (D. A. v° *cit.*, n° 642); civ. rej. 15 avr. 1833 (D. A. v° *Exceptions*, n° 370).

[5] Civ. rej. 9 juin 1869 (D. P. 69. 1. 47).

[6] Et même interjeter appel du jugement du juge de paix qui l'a condamné au possessoire (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. II, p. 219; civ. cass. 19 déc. 1859, D. P. 60. 1. 37).

[7] Voy., sur ce point, *suprà*, § **1004**.

[8] Voy., sur la nature de l'action, t. I, § **292**.

[9] Aubry et Rau, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 82. Bonnier, *op. cit.*, n° 925. Civ. cass. 19 déc. 1859 (D. P. 60. 1. 37).

§ **1010**. II. Le décret du 11 juin 1809, sur les conseils de prud'hommes, reproduit, en les abrégeant, les dispositions du Code de procédure sur les formes qui doivent être observées en justice de paix[1]; ce sont les seules qui conviennent à une justice aussi paternelle et expéditive que celle des prud'hommes[2]. Et encore, si simples qu'elles soient, ne s'appliquent-elles pas à la juridiction des prud'hommes-pêcheurs de la Méditerranée, que l'arrêt du conseil du 16 mai 1738, encore en vigueur, maintient dans leur droit plusieurs fois séculaire de juger « sans forme ni figure « de procès et sans écritures, ni appeler avocats ou procu- « reurs »[3].

§ **1011**. Les parties comparaissent au jour fixé par une lettre du secrétaire du conseil ou, au besoin, par un exploit d'huissier : elles ont droit à un jour franc, si elles sont domiciliées au siège du conseil ou dans un rayon de trois myriamètres alentour; au même délai augmenté d'un jour par cinq myriamètres[1], si leur domicile est plus éloigné. Si le défendeur cité à trop bref délai ne comparaît pas, le conseil ordonne qu'il sera cité de nouveau aux frais du demandeur[2]. La comparution est personnelle, sauf pour la partie absente ou malade qui peut se faire représenter, mais seulement par un de ses parents, négociant, porteur d'une procuration écrite, ou prêt à justifier d'une procuration verbale[3]. L'obli-

§ **1010**. [1] Voy., sur ce décret, t. I, § **51**. Les lois du 1er juin 1853 et du 7 février 1880 n'ont trait qu'à l'organisation et à la compétence des conseils de prud'hommes, et ne contiennent pas de dispositions sur la procédure (Voy., sur ces lois, *ib.*, §§ **51** et suiv.; voy. cep., sur les articles 13 à 15 de la loi du 1er juin 1853, le tome VI).

[2] Voy., sur cette procédure, Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. I, nos 558 et suiv.

[3] Voy., sur les prud'hommes-pêcheurs du littoral de la Méditerranée, t. I, §§ **56** et **57**.

§ **1111**. [1] Le décret du 11 juin 1809 dit *trois myriamètres* (Art. 31), mais il est modifié, sur ce point, par la loi du 3 mai 1862 (Voy. t. II, § **524**).

[2] Comp. C. pr. civ., art. 5 (*Suprà*, § **986**).

[3] On ne peut se faire représenter en justice de paix qu'en donnant une procuration par écrit (Voy. *suprà, ib.*), mais il est de pratique constante parmi les conseils de prud'hommes de se contenter d'une procuration verbale, la seule, d'ailleurs, qu'on puisse exiger des ouvriers illettrés (Bioche, *op. cit.*, vo *Prud'hommes*, no 79; Mollot, *De la compétence des conseils de prud'hommes et de leur organisation*, p. 200, note 1). Il faudra seulement, si elle est contestée, prouver qu'elle a été réellement donnée.

gation de comparaître en personne n'exclut cependant pas la faculté pour les parties de se faire assister à leurs frais d'un avocat ou d'un avoué, dont le secours est même quelquefois indispensable, car elles peuvent, les ouvriers surtout, n'avoir ni l'usage courant ni même la connaissance du français[4]. Elles sont entendues contradictoirement, sans pouvoir signifier aucune défense autrement qu'à leurs frais[5]; elles doivent s'expliquer avec modération, et se comporter avec respect[6]. Le conseil statue sur-le-champ, c'est-à-dire le plus tôt possible, ce qui ne l'empêche pas d'accorder une remise, et même, si la gravité de la cause l'exige, de la mettre en délibéré en renvoyant le jugement à une autre audience[7].

§ **1012**. Les défenses et incidents qui peuvent se produire devant le conseil donnent lieu aux mêmes distinctions qu'en justice de paix[1].

§ **1013**. *a*. En principe, les prud'hommes sont juges de l'exception aussi bien que de l'action. Cette règle s'applique spécialement en matière de preuve, et, quelque moyen de preuve que les prud'hommes prescrivent ou autorisent, l'inscription de faux et la vérification d'écriture exceptées[1], ils ont le droit et le devoir d'y faire procéder devant eux. Tels sont notamment : 1° l'interrogatoire d'une partie, qu'ils peuvent ordonner quand même cette partie se serait fait représenter, sauf à attendre son retour si elle est absente et à se transporter

[4] Biochc, *op. et v° cit.*, n° 78. Voy., sur le droit pour les avoués de se présenter devant les conseils de prud'hommes, t. I, § **216**.

[5] L'article 32 du décret du 11 juin 1809 dit qu'elles ne seront « admises à « faire signifier aucune défense, » mais il faut l'entendre en ce sens qu'aucune écriture ne peut passer en taxe, et rien n'empêche les parties, si elles en ont le temps, c'est-à-dire que le jugement ne soit pas immédiatement rendu (Voy., sur ce point, *infrà*, même §), de faire rédiger par écrit et de communiquer à leur adversaire, même par ministère d'huissier mais à leurs frais, les explications et mémoires qu'elles jugent utiles à leur défense.

[6] Voy., sur la sanction de cette obligation, t. II, § **558**.

[7] D. 20 févr. 1810, art. 29, 31, 32 et 36. J'ai interprété dans le même sens, *suprà*, § **988**, l'obligation pour le juge de paix de juger séance tenante.

§ **1012**. [1] Comp. t. II, §§ **441** et suiv.; et *suprà*, § **989**.

§ **1013**. [1] Comp., sur ce point, en justice de paix, t. II, § **451**.

à son domicile si elle est malade[2]; 2° la preuve de l'aveu extrajudiciaire, le serment décisoire ou supplétoire, et la communication des pièces[3]; 3° l'expertise qui est rare, les membres du conseil ayant presque toujours, par état, les connaissances spéciales qu'exige le jugement des affaires qui leur sont soumises[4]; 4° le transport sur lieux du conseil tout entier ou d'un de ses membres par lui délégué, mais toujours en présence du secrétaire, porteur de la minute du jugement qui ordonne cette mesure d'instruction[5]; 5° l'enquête qui se fait comme en justice de paix[6], à deux différences près[7] : 1) l'article 52 du décret du 11 juin 1809 ne repro-

[2] Est-ce seulement la comparution personnelle, ou bien le conseil peut-il ordonner l'interrogatoire sur faits et articles? Voy., en justice de paix, *suprà*, § **405**.

[3] Voy. *suprà*, *ib.*

[4] Les conseils de prud'hommes n'en ont pas moins un pouvoir discrétionnaire à l'effet de commettre un expert étranger au conseil (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 90; Mollot, *op. cit.*, p. 116). Cet expert n'est pas tenu de prêter serment (Bioche, *op.*, *v° et loc. cit.*; Mollot, *op. cit.*, p. 117).

[5] Comp., en justice de paix, *suprà*, §§ **997** et **998**. L'article 46 du décret du 11 juin 1809 ne prescrit pas de dresser procès-verbal du transport, mais il faut, tout au moins, que le jugement relate les résultats de l'examen auquel les prud'hommes se sont livrés (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 91).

[6] Comp., en justice de paix, *suprà*, §§ **992** et suiv. Ces témoins doivent prêter serment devant le bureau tout entier (Mollot, *op. cit.*, p. 242), à peine de nullité (Civ. cass. 14 févr. 1883; D. P. 84. 1. 68).

[7] L'article 48 du décret du 11 juin 1809 s'exprime ainsi : « Si les parties sont « contraires en faits de nature à être constatés par témoins, et dont le conseil de « prud'hommes trouve la vérification utile et admissible, il ordonnera la preuve « et en fixera précisément l'objet ». Cela signifierait, d'après Bioche (*Op. et v° cit.*, n° 86), que les prud'hommes ont un pouvoir discrétionnaire pour ordonner ou refuser la preuve par témoins, soit au-dessus soit au-dessous de 150 francs, et cette grave dérogation aux principes généraux (Voy. t. II, §§ **820** et suiv.) s'expliquerait par les rapports habituels des prud'hommes avec leurs justiciables : « Il leur est facile de se procurer des renseignements certains sur la « moralité des parties et des témoins, et de se garantir contre les dispositions « mensongères ». Cette thèse peut être vraie en partie, mais non point par les motifs que je viens de rapporter. Voici, je crois, la vérité sur ce point. Les contestations portées devant les conseils de prud'hommes sont commerciales, au moins pour l'une des parties : cela résulte de leur nature même (Voy. t. I, §§ **434** et **440**), et de ce fait que l'appel des jugements rendus par ces conseils en matière civile (leur compétence correctionnelle étant mise à part) est porté devant les tribunaux de commerce (Voy. t. I, § **71**). Si donc les deux parties sont commerçantes, le conseil de prud'hommes aura, quel que soit l'intérêt du litige, un pouvoir discrétionnaire pour admettre la preuve testimoniale ou pour la rejeter, mais ce ne sera point par des motifs qu'on peut qualifier sans exagération d'imaginaires : ce sera par application du principe général posé par l'article 109 du Code de commerce (Voy. t. II, §§ **721** et suiv.). Si, au contraire, l'acte qui donne lieu à la contestation n'est commercial que pour une partie, la preuve testimoniale est admise contre le commerçant dans les termes très larges

duit pas la disposition finale de l'article 36 du Code de procédure, d'après laquelle « les reproches ne pourront être reçus « après la déposition commencée qu'autant qu'ils seront jus- « tifiés par écrit »[8]; 2) ce décret n'édicte aucune peine contre les témoins défaillants, et celles que prononcent les articles 263 et 264 du Code de procédure ne peuvent être appliquées à une procédure que ce Code n'a ni réglée ni même prévue[9]. Une règle commune à tous ces incidents, c'est la défense d'expédier les jugements auxquels ils donnent lieu, lorsqu'ils ont été rendus contradictoirement et en présence des parties : ceux qui ordonnent une opération à laquelle les parties peuvent ou doivent assister, indiquent le jour, l'heure et le lieu, et leur prononcé vaut sommation de comparaître à cette opération[10].

§ **1014**. *b*. Les prud'hommes cessent, dans trois cas, d'être juges des moyens de défense et des incidents soulevés devant eux.

1° Leur récusation et les contestations relatives à la qualité d'héritier ou de femme commune en biens sont renvoyées au tribunal compétent, le conseil demeurant saisi du fond : avec cette particularité que le tribunal compétent est, dans le premier cas, le tribunal de commerce, supérieur

de l'article 109, mais elle n'est admise contre le non-commerçant que dans les termes du droit commun, c'est-à-dire jusqu'à 150 francs, avec un commencement de preuve par écrit, ou en cas d'impossibilité de se procurer une preuve écrite (Voy. *suprà*, § **826**). Je rappelle, pour l'intelligence de cette distinction, que les patrons font acte de commerce en louant les services ou le travail des ouvriers et artisans qu'ils emploient, mais que ces ouvriers et artisans ne font pas acte de commerce en contractant cet engagement (Voy. t. II, § **440**). Comp., sur cette question, les explications trop peu précises de Mollot (*Op. cit.*, p. 239 et suiv.).

[8] Voy., sur l'article 36 du Code de procédure, *suprà*, § **995**.

[9] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 88. Mollot, *op. cit.*, p. 242. Comp., sur ces peines, *suprà*, § **833**. Les témoins sont invités à comparaître par une lettre du secrétaire du conseil (Mollot, *op. et loc. cit.*), mais n'encourent aucune peine en n'y répondant pas, d'où il suit qu'il est inutile de les citer ensuite par huissier (Bioche, *op. et v° loc. cit.*; Binot de Villiers, *Manuel des conseils de prud'hommes*, p. 47, note 1). Est-ce le conseil tout entier ou l'un de ses membres, par lui délégué, qui taxera leurs frais? Voy., dans le premier sens, Mollot, *op. cit.*, p. 245 ; dans le second, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 89, Binot de Villiers, *op. cit.*, p. 52, note 1.

[10] D. 11 juin 1809, art. 45, 46, 48, 53, 55 et 57. Voy. Mollot, *op. cit.*, p. 35. Comp. C. pr. civ., art. 28; *suprà*, §§ **992** et suiv. Il en est de même des jugements qui ordonnent des mesures conservatoires, telles qu'un séquestre ou la nomination d'un gardien qui prendra soin des objets litigieux (D. 11 juin 1809, art. 28).

hiérarchique des conseils de prud'hommes[1]; dans le second cas, le tribunal de première instance, seul juge des questions d'état[2]. La partie qui récuse un ou plusieurs prud'hommes le fait par un acte motivé, signé d'elle ou de son fondé de pouvoir[3], que le premier huissier requis[4] signifie au secrétaire du conseil[5], et que celui-ci dépose sur le bureau pour qu'il soit immédiatement communiqué au prud'homme récusé. Celui-ci donne, dans les deux jours et sur cet acte même, une réponse écrite portant qu'il adhère à la récusation, ou qu'il refuse de s'abstenir et par quels motifs. Trois jours après son refus ou après l'expiration du premier délai, l'acte de récusation et la réponse, s'il en a été fait une, sont envoyés par le président du conseil à celui du tribunal de commerce du ressort qui juge en dernier ressort dans la huitaine, sans qu'il soit besoin d'appeler les parties[6].

2° Si une partie déclare s'inscrire en faux ou refuse de reconnaître son écriture, le président du conseil lui en donne acte, paraphe la pièce, et renvoie l'incident et le fond devant le tribunal de première instance, à moins que la solution du fond ne dépende pas entièrement de l'issue de l'incident, auquel cas le conseil peut retenir le fond et le juger en faisant abstraction de l'écrit contesté[7].

3° Le décret du 11 juin 1809 ne prévoit pas qu'il puisse se produire devant le conseil des demandes reconventionnelles qui excèdent sa compétence[8]; ce cas peut cependant se présen-

§ **1014.** [1] Voy., sur ce point, t. I, § **71**; t. II, §§ **412** et **445**. On remarquera seulement que, les conseils de prud'hommes se composant de plusieurs membres, il n'aurait pas été aussi illogique qu'en justice de paix (Voy. *suprà*, § **1000**) de porter devant eux la récusation formulée contre un ou plusieurs de leurs membres; c'est par d'autres motifs, et notamment par la crainte de ne pas les trouver assez impartiaux, que le décret du 11 juin 1809 n'a pas voulu les en faire juges.

[2] En prenant ce mot *lato sensu*, c'est-à-dire en y comprenant les contestations relatives à la qualité d'héritier, de veuve, ou de femme commune en biens ou séparée, qui sont regardées, en pareil cas, comme des questions d'état (Voy. t. III, § **412**).

[3] « Sur l'original et sur la copie » (D. 11 juin 1809, art. 55); cet acte est un véritable exploit (Voy. t. II, § **659**).

[4] Comp. C. pr. civ., art. 45 (*Suprà*, § **1000**).

[5] Voy., sur ce fonctionnaire qui tient lieu de greffier, t. I, § **214**.

[6] Comp. C. pr. civ., art. 47 (*Suprà*, § **1000**).

[7] Comp. C. pr. civ., art. 14 (*Suprà, ib.*).

[8] On sait que le législateur s'est à peine occupé des demandes reconventionnelles avant les lois des 11 avril et 25 mai 1838 et 3 mai 1840 (Voy. t. I, § **392**).

ter, et je pense que les prud'hommes ont, comme le juge de paix, deux partis à prendre : se dessaisir de tout le procès, ou retenir la demande principale et renvoyer la demande reconventionnelle devant le tribunal pour en connaître[9].

[9] Voy., sur ce point, t. II, §§ **449** et **451**.

CHAPITRE III

DE L'INSTRUCTION DEVANT LES TRIBUNAUX DE COMMERCE

SOMMAIRE. — § **1015**. Caractères généraux de la procédure commerciale. — § **1016**. I. Délai de l'ajournement. — § **1017**. Suite. Assignation à bref délai avec autorisation du président. — § **1018**. Suite. Assignation à bref délai en vertu de la loi. — § **1019**. Suite. Saisie conservatoire. — § **1020**. Suite. A quel magistrat il appartient de l'ordonner. — § **1021**. Suite. La saisie-arrêt est-elle également permise, et quel magistrat a qualité pour l'ordonner? — § **1022**. II. Comparution des parties. — § **1023**. Suite. Comment et à quelles conditions peuvent-elles se faire représenter? — § **1024**. Suite. Le tribunal peut-il exiger la légalisation du pouvoir qu'elles ont donné à cet effet? — § **1025**. Suite. Comment prouve-t-on, en cas de contestation, qu'elles ont été représentées? — § **1026**. Suite. Par qui peuvent-elles se faire représenter? Du cas où elles en ont chargé un agréé. — § **1027**. Suite. Election de domicile au greffe pour les parties non domiciliées. — § **1028**. III. Instruction. Marche ordinaire de la procédure. — § **1029**. Suite. Jugement des incidents. — § **1030**. Suite. 1° Incompétence, litispendance et connexité. — § **1031**. Suite. Disposition de l'article 425. — § **1032**. Suite. En quoi elle est conforme au principe posé par l'article 172. — § **1033**. Suite. En quoi elle s'en éloigne. — § **1034**. Suite. 2° Reprise d'instance. — § **1035**. Suite. 3° Garantie. — § **1036**. Suite. 4° Preuve. — § **1037**. Suite. *a*) Enquête. — § **1038**. Suite. *b*) Expertise. — § **1039**. Suite. Nomination et opérations des experts. — § **1040**. Suite. Dispositions spéciales de l'article 106 du Code de commerce. — § **1041**. IV. Renvoi devant arbitres.

§ **1015**. La procédure ordinaire des tribunaux de première instance et, à plus forte raison, l'instruction par écrit ne conviennent pas aux tribunaux de commerce. La rapidité nécessaire aux transactions commerciales s'accommoderait mal des lenteurs un peu solennelles de la procédure ordinaire : des magistrats étrangers par leur origine aux études juridiques et aux habitudes judiciaires seraient mal à l'aise pour exiger des parties, et pour s'imposer à eux-mêmes l'exacte observation de formes à coup sûr utiles et raisonnables mais toujours un peu compliquées[1]. Institués pour « couper che-

§ **1015**. [1] Voy., sur le caractère de la procédure commerciale, Maret, *Exposé des motifs du livre IV du Code de commerce* (Dans Locré, *op. cit.*, t. XX, p. 222).

« min à toute longueur et ôter l'occasion de fuir et plaider »[2], ils ne sont pas même astreints aux règles de la procédure sommaire, car elle suppose : 1° l'intervention obligatoire des avoués, qui n'est pas admise devant les tribunaux de commerce[3]; 2° des conclusions écrites dont la procédure commerciale est affranchie[4]; 3° en cas d'incompétence, de litispendance et de connexité, une obligation qui n'existe pas en matière commerciale, celle de statuer par deux jugements séparés sur le déclinatoire et sur le fond[5].

Il ne faut pas non plus prendre à la lettre cette affirmation de plusieurs auteurs, que les formes ordinaires s'appliqueraient à la procédure commerciale dans le silence des textes spéciaux qui la régissent[6]. Veut-on dire que la juridiction consulaire doit observer les principes essentiels de toute action judiciaire, à savoir ceux qui protègent les droits de la défense? Je l'accorde, et l'on verra, par exemple, que l'enquête et l'expertise exigent en matière commerciale la présence ou la convocation préalable des parties[7]; mais on ferait fausse route, et on irait contre l'esprit de cette procédure en ajoutant aux formalités prescrites par les articles 417 et suivants toutes les règles de détail qui ont fait l'objet des explications précédentes, et en encombrant cette procédure de prescriptions minutieuses qui auraient pour effet de la ralentir, et que le législateur a certainement voulu en écarter[8].

Ces idées générales sont communes aux tribunaux de commerce et aux tribunaux de première instance qui en font

[2] Éd. nov. 1563, art. 4 (Isambert, *op. cit.*, t. XIV, p. 155; voy., sur cet édit, t. I, § **69**).

[3] Voy. t. I, § **216**, et *suprà*, § **961**.

[4] Voy. *suprà*, *ib.*

[5] Voy. t. II, § **746**, et *suprà*, *ib.* Voy., sur les rapports de la procédure commerciale et de la procédure civile sommaire, Bioche, *op. cit.*, v° *Tribunal de commerce*, n° 37; Carré, *op. cit.*, t. III, p. 501; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. I, n°s 411 et 412. On trouvera dans les mêmes auteurs (*Op. cit.*, t. I, n° 412) l'énumération complète des dérogations que la procédure commerciale apporte au droit commun.

[6] Favard de Langlade, *op. cit.*, v° *Tribunal de commerce*, sect. III, n° 1. Carré, *op. cit.*, t. III, p. 502. Pardessus, *Droit commercial*, t. V, n° 1361. Grenoble, 3 déc. 1892 (D. P. 93. 2. 574; S. 93. 2. 101). Bioche s'exprime plus exactement en disant qu'il faut transporter en matière commerciale, dans le silence des articles 414 et suivants, toutes les règles du droit commun qui ne sont pas contraires à l'esprit du droit commercial (*Op. et v° cit.*, n° 39).

[7] Voy. *infrà*, §§ **1037** et **1038**; comp. *suprà*, §§ **839** et **870**.

[8] Voy. t. I, § **29**.

fonctions dans certains arrondissements[9], non pas que ceux-ci manquent de compétence pour présider à la stricte observation des formes judiciaires, mais parce que la simplicité de la procédure commerciale tient plus encore à la nature des affaires qui y sont sujettes qu'au caractère de la juridiction qui est appelée à en connaître[10]. On verra cependant au tome VI de ce Traité que les appels des jugements des tribunaux de commerce sont jugés comme appels de jugements rendus en matière civile sommaire.

§ **1016**. I. Les affaires commerciales requièrent célérité, et le délai de l'ajournement n'y est que d'un jour franc[1]; mais il faut que le défendeur ait le temps et le moyen de comparaître, et il a droit : 1° s'il est domicilié en France, mais hors de la ville où siège le tribunal compétent, à l'augmentation d'un jour par cinq myriamètres de distance entre son domicile et le siège du tribunal[2]; 2° s'il est domicilié en Corse, en Algérie, aux colonies ou à l'étranger, aux délais fixés par l'article 73[3]. S'il s'agit du paiement d'un effet

[9] Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. I, nos 509 et suiv. Le ministère des avoués, qui n'est pas admis devant les tribunaux de commerce (Voy. *infra*, § **1022**), ne l'est donc pas non plus devant les tribunaux de première instance qui en remplissent les fonctions (Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1487; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 129; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 642; Bonnier, *op. cit.*, n° 934). Cela n'a fait doute que dans les premiers temps de l'application des Codes de procédure et de commerce (Voy. Lepage, *Questions sur le Code de procédure civile* (Paris, 1807), p. 277; *Journal des avoués*, t. III, p. 119). De même, la jurisprudence est aujourd'hui fixée en ce sens, que la communication au ministère public n'a pas lieu dans les affaires commerciales qui sont portées devant les tribunaux de première instance (Voy., sur cette règle et sur les exceptions qu'elle comporte, t. I, § **206**). Voy. cep., sur l'application de l'article 641 du Code de commerce en matière de vérification d'écriture, l'arrêt de la cour de Poitiers cité t. II, § **451**, note 1.

[10] C. comm., art. 641. Voy., sur ce point, Maret, *op. cit.* (Dans Locré, *op. et loc. cit.*).

§ **1016**. [1] Le délai ordinaire des ajournements est de huitaine (Voy. t. II, § **672**).

[2] Art. 416. *Observations du Tribunat* (Dans Locré, *op. cit.*, t. XXI, p. 509). Bioche, *op. et v° cit.*, n° 44. Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1492. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 643. Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 3. Bonnier, *op. cit.*, n° 936. Camberlin, *Manuel pratique des tribunaux de commerce*, p. 233. Voy., sur le calcul des délais, t. II, §§ **514** et suiv.

[3] Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1489. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Voy., sur l'article 73, t. II, § **525**.

négociable[4], le domicile du défendeur, que le porteur ne connaît généralement pas, est remplacé par le lieu où l'effet est payable[5]. En outre, on ne doit pas se contenter d'assigner le défendeur à un jour franc, à huitaine, à quinzaine, à un mois : cela peut suffire en matière ordinaire, où l'avoué qui représente le défendeur saura supputer les délais et déterminer exactement le jour de la comparution[6]; mais le défendeur, qui n'est pas légalement représenté devant les tribunaux de commerce, et à qui le calcul des délais de procédure n'est généralement pas familier, doit être assigné à jour fixe avec indication du jour et de l'heure de la comparution[7]; on ne peut même pas l'assigner « à toute audience utile » qui suivra tel jour déterminé, car on l'obligerait ainsi, pour ne pas faire défaut, à se présenter à toutes les audiences jusqu'à ce que son affaire fût appelée[8]. Ces précautions prises dans l'intérêt du défendeur, il faut penser aussi au demandeur, au besoin qu'il peut avoir d'une justice exceptionnellement prompte, et au danger qu'il court parfois de voir son débiteur détourner ses valeurs mobilières, et les mettre hors d'atteinte avant qu'on ait pu le condamner et le saisir. Les articles **417** et **418** et l'article **172** du Code de commerce y pourvoient : 1° en autorisant le président du tribunal à abréger le délai de la comparution[9]; 2° en l'abré-

[4] Les effets négociables, c'est-à-dire transmissibles par endossement, sont les lettres de change, billets à ordre, chèques, connaissements, récépissés et warrants des magasins-généraux, factures, polices d'assurance, actions et obligations des sociétés (C. comm., art. 136, 187, 281 et 313 ; L. 28 mai 1858, art. 3; L. 14 juin 1865, art. 1 ; Boistel, *op. cit.*, n° 746).

[5] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 45 et 46. Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1491. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Si cependant le demandeur connaissait, en fait, le domicile réel du défendeur, ce délai se calculerait suivant la distance qui sépare ce domicile du siège du tribunal où la contestation sera portée (Bioche, *op.*, *v° et loc. cit.*).

[6] Voy., sur ce mode d'assignation dans la procédure civile, t. II, § **654**.

[7] Bonnier, *op. cit.*, n° 110. Camberlin, *op. cit.*, p. 244. Civ. cass. 13 avr. 1832 (D. A. v° *Exploit*, n° 681). Voy. cep. Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 5.

[8] Camberlin, *op. et loc. cit.*

[9] Comp., en justice de paix, l'article 6 : « Le juge de paix pourra permettre « de citer même dans le jour et à l'heure indiqués » (*Suprà*, § **986**). Plusieurs questions de détail ont été soulevées à ce sujet. 1° Le permis d'assigner à bref délai laisse-t-il subsister l'augmentation de distance; et, s'il la laisse subsister, le président peut-il, par une disposition expresse, supprimer cette augmentation en même temps qu'il abrège le délai ordinaire? Je ne vois pas de véritable difficulté sur ce point, car comment croire qu'on ne puisse jamais, en matière commerciale, obtenir justice avant l'expiration d'un délai d'un jour par cinq myriamètres quand le défendeur est domicilié en France, et des délais exceptionnels

geant eux-mêmes dans les cas les plus urgents; 3° en permettant à certaines conditions la saisie conservatoire des meubles du défendeur[10].

§ **1017**. 1° « Dans les cas qui requerront célérité, le pré-« sident pourra permettre d'assigner même de jour à jour et « d'heure à heure... Ses ordonnances seront exécutoires no-« nobstant opposition ou appel »[1]. Assigner de jour à jour, c'est supprimer la franchise du délai et assigner pour le lendemain; assigner d'heure à heure, c'est assigner pour la même journée, le matin pour le soir[2]. Cette permission, qui excèderait les pouvoirs du président d'un tribunal de première instance[3], mais que justifie l'urgence exceptionnelle de certaines affaires commerciales, est, naturellement, donnée par le président du tribunal de commerce[4], par le

de l'article 73, lorsqu'il est domicilié en pays étranger? Voy., en ce sens, Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1494; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* j'ai, d'ailleurs, reconnu (T. II, § **672**, note 15) au président du tribunal de première instance la faculté d'abréger les délais de distance. La seule question qui soit sérieusement discutable est celle de savoir si, dans le silence de l'ordonnance, l'augmentation de distance doit être regardée comme maintenue. Je ne le crois pas. Si le président juge l'affaire assez urgente pour permettre une assignation de jour à jour et même d'heure à heure, il entre, évidemment, dans ses intentions de ne pas accorder au défendeur les délais de distance, et l'on doit présumer, malgré son silence, qu'il a voulu faire ce qu'il avait le droit de faire expressément, c'est-à-dire les supprimer (Voy., en ce sens, Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 136, et, en sens contraire, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 50; comp., dans la procédure ordinaire, t. II, § **672**, note 15). 2° Le demandeur est-il tenu de donner copie de l'ordonnance en tête de l'assignation à bref délai? Le défendeur peut exiger la preuve que cette assignation est régulière, c'est-à-dire que le président l'a autorisée; mais je ne crois pas que la copie de l'ordonnance doive, à peine de nullité, accompagner l'exploit : l'article 1030 ne permet de suppléer que les nullités substantielles, et celle-ci n'est pas du nombre (Voy. cep. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, supp., quest. 1492 *ter;* comp., dans la procédure ordinaire, t. II, § **672**, note 13, et, sur l'article 1030, t. II, §§ **498** et suiv.). 3° L'assignation à bref délai doit-elle être signifiée par un huissier commis? Le président a certainement le droit d'en désigner un pour rendre l'assignation plus sûre, mais ce surcroît de garantie n'est pas indispensable, et, si le président n'a pas commis d'huissier, la signification est valablement faite par l'huissier qu'a choisi le demandeur (Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, supp., quest. 1492 *quinquies;* comp. dans la procédure ordinaire, t. II, § **672**, note 13).

[10] Le président peut ordonner aussi d'autres mesures conservatoires, comme le séquestre des marchandises, et la vérification de leur état par des experts si leur prompt dépérissement est à craindre (Req. 17 nov. 1891; D. P. 95. 1. 149; S. 94. 1. 33).

§ **1017**. [1] Art. 417.

[2] Cela se faisait autrefois de plein droit et sans permission du magistrat : on a craint le retour des abus qui en résultaient (Carré, *op. cit.*, t. III, n° CCCXLIII).

[3] Voy. t. II, § **672**.

[4] La question peut paraître douteuse, lorsqu'il s'agit de la saisie conservatoire

plus ancien juge[5], ou par l'un des juges délégué dans cette fonction par le président[6]. L'ordonnance est susceptible d'appel ou d'opposition, puisqu'elle est exécutoire par provision : on verra au tome VIII de ce Traité si cet appel et cette opposition sont exceptionnels, ou s'ils ne sont que l'application du droit commun[7].

§ **1018**. 2° « Dans les affaires maritimes où il existe des « parties non domiciliées, et dans celles où il s'agit d'agrès, « victuailles, équipages et radoubs de vaisseaux prêts à mettre « à la voile, et autres matières urgentes et provisoires, l'as- « signation de jour à jour ou d'heure à heure pourra être « donnée sans ordonnance »[1]. Les parties non domiciliées ne sont pas les personnes qui n'ont ni leur domicile ni leur résidence dans la ville où siège le tribunal compétent; ce sont, comme disait l'ordonnance d'août 1681[2], les étrangers ou forains qui n'ont en France ni domicile ni résidence[3]. Les agrès, victuailles, équipages et radoubs sont les pièces de l'armement d'un navire, les provisions de bouche qu'il embarque, le salaire des matelots, et les travaux de réparation[4]. Les autres matières provisoires et urgentes sont les demandes en exécution de chartes-parties, en paiement de fret ou d'avaries, en chargement ou en délivrance de mar-

autorisée, moyennant ordonnance du président, par la seconde disposition de l'article 417 (Voy. *infrà*, § **1019**), mais la permission d'assigner à bref délai, en vertu de la première partie du même article, ne peut émaner que du président du tribunal où la demande doit être portée (Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 3).

[5] Arg. C. comm., art. 172 : « En obtenant la permission du juge » (Voy. *infrà*, même §). Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1498. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit.*

[6] C'est une des attributions que le président a le droit de déléguer (Voy. t. I, § **73**).

[7] Comp., dans la procédure ordinaire, t. II, § **672**, note 14. Dans quels cas y a-t-il lieu à appel ou à opposition, et devant quelle juridiction l'opposition est-elle portée? Voy., à ce sujet, les décisions rapportées *infrà*, § **1019**, notes 9 et suiv., relativement à l'ordonnance qui autorise la saisie conservatoire des meubles du défendeur.

§ **1018**. [1] Art. 418. L'article ajoute : « Et le défaut pourra être jugé sur-le- « champ » (Voy., sur ce point, le tome VI).

[2] Liv. I, tit. IX, art. 2.

[3] Valin, *Commentaire sur l'ordonnance de la marine*, t. I, p. 308. Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 134. Bonnier, *op. cit.*, n° 938. Voy., sur ce point et particulièrement sur le sens du mot *forains*, le § suivant.

[4] Valin, *op. et loc. cit.* Carré, *op. cit.*, t. III, p. 513, note 1.

chandises[5]. On ne saurait trop se hâter lorsqu'un navire est en partance, car, tandis qu'on se pourvoit auprès du président pour obtenir un permis d'assigner, le capitaine pourrait lever l'ancre et le navire prendre le large, emportant au loin la personne du débiteur et le gage du créancier[6]. De là le droit d'assigner sur-le-champ sans recourir au président, et de remettre l'assignation à bord, comme on l'a vu au § **598**, au premier venu des gens de l'équipage[7]. Reste au défendeur le droit de plaider devant le tribunal que l'affaire n'est pas urgente, et au tribunal le droit de ne statuer qu'à l'expiration du délai légal d'un jour franc[8]. Ces facilités particulières n'existent, d'ailleurs, qu'en matière maritime : Valin expliquait ainsi l'article correspondant de l'ordonnance d'août 1681 sur la marine[9], et l'article 418, autrement entendu, ferait double emploi avec l'article 417[10].

§ **1019**. 3° « Dans les cas qui requièrent célérité, le pré-
« sident du tribunal pourra permettre... de saisir les effets
« mobiliers; il pourra, suivant le cas, assujettir le deman-
« deur à donner caution ou à justifier de solvabilité suffisante.
« Ses ordonnances seront exécutoires nonobstant opposition
« ou appel[1] ... Le porteur d'une lettre de change peut, en
« obtenant la permission du juge, saisir conservatoirement
« les effets mobiliers des tireurs, accepteurs et endosseurs »[2].

[5] Valin, *op. et loc. cit.* Carré. *op. et loc. cit.* Les matières provisoires sont celles qui demandent un prompt jugement (Comp., sur les demandes et jugements provisoires, *suprà*, § **927**).

[6] Et sans augmentation de distance (Arg. *à fortiori suprà*, § **1016**, note 9: Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 136).

[7] Voy., sur le lien qui existe entre les articles 418 et 419, t. II, § **598**; Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1503; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*

[8] Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1502. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* *Quid*, si le défendeur ainsi assigné fait défaut? Voy. le tome VI.

[9] O. août 1681, liv. I, tit. XI, art. 2. Valin, *op. cit.*, t. I, p. 21.

[10] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 52. Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1495 et 1500. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 135, note 3. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 646. Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 4. Bonnier, *op. et loc. cit.*

§ **1019**. [1] Art. 417.

[2] C. comm., art. 172. Le tireur est celui qui émet la lettre de change; l'accepteur, celui sur qui elle est tirée et qui a pris l'engagement de la payer; l'endosseur, celui qui, en étant devenu propriétaire, l'a négociée à son tour. Ils sont tous solidairement garants du paiement envers le porteur, et l'article 172 réserve

Ces dispositions exceptionnelles, qui permettent de saisir sans qu'aucun titre établisse ou fasse présumer l'existence d'une dette[3], sont très anciennes : elles existaient dans les villes dites « d'arrêt », dont les bourgeois avaient le privilège de saisir, pour dettes non reconnues, les meubles[4] des débiteurs forains[5] trouvés dans l'enceinte de la ville[6]. Cette saisie n'est plus aujourd'hui l'apanage de certains créanciers, c'est une garantie commune à toutes les créances commerciales, mais plus elle est exorbitante, plus il est urgent de la renfermer dans les limites fixées par l'article 417. 1) La saisie ne peut avoir lieu qu'en vertu de la permission du président, du plus ancien juge, ou d'un autre juge par lui délégué[7]. 2) Elle ne peut être autorisée qu'en cas d'absolue nécessité, si le détournement des meubles est imminent, et que le demandeur ait un intérêt sérieux à l'empêcher[8]. 3) L'appréciation du président, à cet égard, n'est pas souveraine, puisque son ordonnance, d'ailleurs exécutoire

expressément cette action en garantie (Voy. C. comm., art. 118 et suiv., 126 et suiv., 136 et suiv., 140, 162 et suiv.). L'article 172 s'applique également au paiement des billets à ordre (C. comm., art. 187).

[3] Il est certain que cette saisie peut avoir lieu sans titre (Civ. cass. 9 mars 1880; D. P. 80. 1. 203; voy., sur le principe que les saisies mobilières et immobilières ne peuvent se faire qu'en vertu d'un titre, le tome IV).

[4] Et quelquefois même la personne (Amiens, art. 29 et 30; Calais, art. 232; Reims, art. 407; voy. Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 146, note 1). Comp. l'arrestation provisoire du débiteur étranger sous l'empire de la loi du 7 avril 1832 (Art. 15 et 16) abrogée par celle du 22 juillet 1867 (Art. 1; voy. le tome IV).

[5] *Forains*, qui a plusieurs sens dans l'ancien droit français, veut dire ici « les « marchands qui viennent aux foires des autres villes ou provinces », et aussi « les débiteurs qui sont demeurants dans d'autres villes ou provinces, bailliages « ou juridictions » (Ferrière, *op. cit.*, v° *Forains*).

[6] Ce privilège fut accordé pour la première fois, paraît-il, en 1134 aux habitants de Paris (Charte de Louis-le-Gros, de 1134, rapportée par de Laurière, *Texte des coutumes de la prévôté et vicomté de Paris* (Paris, 1777), t. II, p. 142). Les juges-consuls et le Châtelet se disputèrent le droit d'ordonner ces saisies : la question fut tranchée en faveur des premiers par arrêt du parlement du 19 septembre 1755, mais on va voir qu'elle s'est réveillée sous l'empire du Code de procédure (Voy., sur ces particularités, Guyot, *op. cit.*, v° *Villes d'arrêt*; de Laurière, *op. et loc. cit.*; Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 146 et suiv.).

[7] « La permission du juge » dit l'article 172 du Code de commerce (Comp. *suprà*, § **1017**, notes 4 et suiv.). La cour de cassation a jugé qu'un créancier avait pu saisir sans autorisation du juge, à raison de l'absence et de la détresse de son débiteur (11 mars 1806; D. A. v° *Saisie conservatoire*, n° 11), mais cette décision, manifestement contraire à l'article 417, ne saurait être approuvée (Voy., en ce sens, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 51).

[8] Voy., sur l'application de l'article 417, Colmar, 29 mai 1848 (D. P. 49. 2. 121).

par provision, est susceptible d'appel ou d'opposition[9] : d'appel devant la cour, lorsqu'elle est rendue contradictoirement[10]; d'opposition devant lui, lorsqu'elle est rendue par défaut[11]. On verra au tome VIII de ce Traité jusqu'à quel point cet appel et cette opposition sont conformes aux principes généraux du droit[12]. 4) La loi ne permet que la saisie des meubles, et le président ne peut autoriser la saisie immobilière qui, d'ailleurs, serait sans objet, car les immeubles ne sont pas sujets à disparaître, et il sera temps de les saisir quand la condamnation aura été prononcée[13]. 5) La saisie autorisée par la loi est purement conservatoire, et n'a pour but que d'empêcher le détournement des meubles du défendeur; le demandeur n'en pourra poursuivre la vente qu'en vertu du jugement du tribunal de commerce qui aura statué au fond[14], ou après avoir obtenu du tribunal de première instance la conversion de la saisie conservatoire en saisie-exécution[15]. 6) Il

[9] Elle est définitive en ce qui concerne le président qui l'a rendue, c'est-à-dire qu'il ne peut la rétracter que lorsqu'elle a été rendue par défaut et frappée d'opposition par-devant lui (Rouen, 28 févr. 1846, D. P. 47. 4. 413; *contrà*, Paris, 6 févr. 1872, D. P. 72. 2. 228; aj. *infrà*, note 11). Une fois faite, la partie qui se plaint de la manière dont on l'a exécutée ne peut qu'en demander la mainlevée ou la nullité (Toulouse, 26 avr. 1861, D. P. 61. 2. 175; civ. cass. 22 août 1882, D. P. 83. 1. 215). Devant quelle juridiction? Voy. *infrà*, même §.

[10] Bruxelles, 27 mai 1812 (D. A. v° *Appel civil*, n° 429).

[11] Aix, 3 mars 1871 (D. P. 72. 2. 41). Alger, 1er mars 1897 (D. P. 97. 2. 478). Trois autres solutions ont été proposées : 1° l'opposition serait portée devant le tribunal (Bordeaux, 2 mai 1845; D. P. 47. 2. 41); 2° les ordonnances rendues en cette matière ne seraient pas susceptibles d'opposition, et ne pourraient être attaquées que par l'appel (Poitiers, 5 août 1830; D. A. v° *cit.*, n° **27**); 3° elles ne seraient pas plus susceptibles d'appel que d'opposition (Glasson, *Note* dans D. P. 87. 2. 17), et ne pourraient être modifiées que par le président lui-même statuant en référé (Voy., sur l'admissibilité de ce référé, civ. cass. 1er déc. 1880, D. P. 81. 1. 15, Paris, 2 janv. 1883, D. P. 83. 2. 141; et sur cette procédure, le tome VIII). La première de ces solutions est contraire au principe que l'opposition est une voie de rétractation toujours portée devant la juridiction qui a jugé par défaut (Voy. le tome VI); les deux autres sont en contradiction avec l'article 417, qui admet, dans l'espèce, l'appel et l'opposition, en supposant, bien entendu, pour cette dernière, une ordonnance rendue par défaut. Le projet de 1894 permet au défendeur d'en référer dans les vingt-quatre heures au président mieux informé (P. 82).

[12] Il a été jugé que l'huissier, qui a prêté son ministère pour opérer une saisie conservatoire indûment ordonnée, ne peut être mis en cause sur l'appel interjeté contre cette ordonnance (Bordeaux, 29 juill. 1857, D. P. 58. 2. 81; voy. cep., sur ce point, t. II, § **418**, et *suprà*, § **957**).

[13] Paris, 29 janv. 1855 (D. P. 55. 2. 187). Voy., en sens contraire, pour les immeubles par destination, Bordeaux, 17 mai 1831 (D. A. v° *Saisie conservatoire*, n° 3; comp., sur ces immeubles, t. I, § **360**, note 1).

[14] Voy., sur ce point, la note suivante.

[15] La saisie conservatoire, autorisée par ordonnance du président, s'exécute

se peut que la demande principale et, par conséquent, la saisie conservatoire soient déclarées mal fondées, et le demandeur condamné à des dommages-intérêts pour avoir saisi à tort les meubles du défendeur; le président peut, en vertu de cette condamnation éventuelle, exiger qu'il justifie de sa solvabilité par la notoriété publique[16] ou par le dernier inventaire[17], sinon, lui ordonner de fournir caution[18]. Toutefois, il n'en est ainsi que dans le cas de l'article 417 : le président, requis d'autoriser la saisie conservatoire en vertu de l'article 172 du Code de commerce, ne peut que l'accorder sans

sans formalités ni délais, et, notamment, sans qu'il y ait lieu, comme pour d'autres saisies (Voy. les tomes IV et VII), de la faire suivre d'une demande en validité (Rennes, 19 août 1819, D. A. *v° cit.*, n° 23; Nîmes, 12 juill. 1854, D. P. 55. 2. 208), mais elle est purement conservatoire et n'autorise pas à vendre les meubles saisis. Pour en arriver là, on peut suivre deux voies : 1° faire convertir la saisie conservatoire en saisie-exécution (Voy., sur cette saisie, le tome IV), et s'adresser au tribunal de première instance, qui peut seul, comme juge de droit commun, statuer sur les difficultés relatives à l'exécution des jugements et ordonnances rendus en matière commerciale (Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, supp., quest. 1496; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 644; Bonnier, *op. cit.*, n° 937; Nîmes, 4 janv. 1819, D. A. v° *Compétence commerciale*, n° 395; Orléans, 26 août 1830, D. A. v° *Saisie conservatoire*, n° 24); 2° plaider au fond devant le tribunal de commerce, obtenir jugement, et, en vertu de ce titre exécutoire, saisir-exécuter, c'est-à-dire faire vendre les meubles du débiteur condamné. Chauveau soutient, il est vrai, que cette dernière procédure est irrégulière, et que le demandeur est tenu de s'adresser au tribunal de première instance pour obtenir la conversion de la saisie conservatoire en saisie-exécution (Sur Carré, *op. et loc. cit.*); mais cette rigueur me paraît exagérée. Veut-on faire convertir la saisie conservatoire en saisie-exécution, il faut certainement s'adresser au tribunal de première instance, seul compétent pour résoudre les difficultés relatives à l'exécution forcée; mais pourquoi ne pourrait-on pas, faisant abstraction de la saisie conservatoire, pratiquer une saisie entièrement nouvelle, qui sera une saisie-exécution, et pourra être formée en vertu du titre exécutoire fourni par le jugement rendu sur le fond par le tribunal de commerce? Il sera temps de saisir le tribunal de première instance, si cette façon de procéder soulève des difficultés.

[16] Il prouvera, par exemple, que son papier se négocie au pair, que sa signature n'a jamais été protestée, etc. (Périn, *op. cit.*, dans Locré, *op. cit.*, t. XXI, p. 638; Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1497; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 393; Bonnier, *op. cit.*, n° 937).

[17] Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 645. Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 3.

[18] Le président a un pouvoir discrétionnaire, lors même que le demandeur est étranger, pour apprécier s'il y a lieu de lui faire fournir caution (Bruxelles, 12 nov. 1816, D. A. v° *Saisie conservatoire*, n° 18; Aix, 6 janv. 1831, D. A. v° *Droit civil*, n° 333). Il suit de là que l'étranger demandeur, qui n'était pas astreint à fournir la caution *judicatum solvi* en matière de commerce avant la loi du 5 mars 1895 (Voy. *infrà*, § **1020**), pouvait y être tenu dans le cas particulier de l'article 417 : si ce point avait justement fait doute, il n'en saurait plus faire depuis la loi précitée (Voy., sur les difficultés relatives à la réception de cette caution, *infrà*, § **1244**).

condition ou s'y refuser[19]. Il reste à se demander : 1) à quel magistrat il appartient de l'ordonner dans ces deux cas; 2) si ces dispositions peuvent être étendues à la saisie-arrêt.

§ **1020**. *a*. La première question ne me paraît pas douteuse. D'une part, l'article 417 met sur la même ligne, et comprend dans la même phrase le droit d'abréger le délai de la comparution, qui appartient sans conteste au président du tribunal de commerce, et le droit d'ordonner la saisie conservatoire. D'autre part, cette saisie n'est pas une voie d'exécution mais une pure mesure de précaution : c'est donc au président du tribunal de commerce qu'il appartient de l'ordonner[1], et celui du tribunal de première instance n'a compétence, à cet effet, ni d'après le texte de la loi ni d'après les principes[2], car la juridiction civile — j'entends par-là le tribunal de première instance, et non pas son président qui n'a aucun pouvoir en cette matière[3] — n'est compétente en matière commerciale, suivant le principe posé aux §§ **153** et suivants, que sur les difficultés d'exécution proprement dites, lors, par exemple, que le défendeur demande la nullité ou la mainlevée de la saisie[4], ou que le demandeur veut la faire convertir en saisie-exécution[5]. Tel n'est pas cependant l'usage suivi à Paris : le président du tribunal de commerce y refuse la permission de saisir conservatoirement

[19] Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. IV, n° 380.

§ **1020**. [1] A celui dans le ressort duquel se trouvent les objets saisis, quand même aucune des parties n'y serait domiciliée (Bordeaux, 2 mai 1845; D. P. 47. 2. 41).

[2] Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1492 *quater*. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 644. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. IV, n° 381. Bertin, *Des ordonnances sur requête*, n°s 421 et 422. Glasson, *Note* dans D. P. 87. 2. 17. Bordeaux, 2 mai 1845 (D. P. 47. 2. 41). Paris, 9 janv. 1866 (D. P. 66. 5. 419). Paris, 30 juill., 17 août et 27 déc. 1875 (D. P. 76. 2. 40). Civ. cass. 11 nov. 1885 (D. P. 86. 1. 68). Aj., sur la mainlevée de cette saisie, civ. cass. 22 août 1882 (D. P. 83. 1. 215). Dans tous les cas, le président du tribunal de première instance ne pourrait ordonner la saisie que dans les termes des articles 471 du Code de procédure et 172 du Code de commerce (Paris, 24 juin 1872; D. P. 75. 3. 151).

[3] Il ne pourrait, par exemple, ordonner en référé qu'il sera sursis à l'exécution de l'ordonnance du président du tribunal de commerce qui a permis la saisie conservatoire (Toulouse, 29 nov. 1832, D. A. v° *Référé*, n° 585; voy., sur le référé, le tome VIII).

[4] Voy. le § précédent, note 9.

[5] Voy. *suprà*, même §.

les meubles du défendeur, et l'on se pourvoit à cet effet devant le président du tribunal de première instance[6].

§ **1021**. *b*. Je crois aussi que la loi autorise le demandeur à saisir-arrêter, avec permission du président, dans les cas prévus au § **1019**, les sommes dont le défendeur est créancier[1], et que c'est le président du tribunal de commerce qui a qualité pour le permettre. Le premier point n'a jamais été sérieusement contesté, et pour deux raisons : d'abord, parce que les textes précités ne distinguent pas parmi les meubles, et s'appliquent, par conséquent, aux créances qui sont des meubles incorporels[2]; ensuite, parce qu'autorisant à saisir sans titre les meubles corporels dont la saisie exige ordinairement cette condition, ils doivent permettre, à plus forte raison, la saisie-arrêt qui peut toujours se faire sans titre avec une simple autorisation du président[3]. Où la controverse commence, c'est pour savoir quel est, dans l'espèce, le magistrat compétent, si c'est le président du tribunal de commerce ou celui du tribunal de première instance. On dit, en faveur de ce dernier, que la saisie-arrêt, à la différence de la saisie des meubles corporels, est le principe d'une instance en validité qui relève exclusivement de la compétence civile, la créance du saisissant fût-elle commerciale[4]; et que la saisie-arrêt échappe ainsi complètement à la compétence du tribunal de commerce et, à plus forte raison, à celle de son président[5]. Je fais à cet argument trois réponses. 1) Il tire d'une idée juste une conséquence fausse, car, si la demande en validité est nécessairement portée au tribunal de première instance, il n'en résulte aucunement

[6] *Note* dans D. P. 76. 2. 40. Comp., sur cette question, Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. I, n° 418 *ter* et *quater;* t. IV, n° 381.

§ **1021**. [1] Voy., sur cette saisie, le tome IV.

[2] Je parle des créances de sommes d'argent ou d'effets mobiliers (C. civ., art. 529). Les créances immobilières sont rares, surtout dans le commerce (Voy. t. I, § **338**).

[3] Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1495. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 140. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 645. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. I, n° 418 *quinquies*. Voy., sur les saisies-arrêts pratiquées sans titre, le tome IV.

[4] Voy., sur la demande en validité, le tome IV.

[5] Voy., en ce sens, Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 140 et suiv.; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*

que la saisie, qui est le point de départ de cette instance, n'ait pu être autorisée que par le président de ce tribunal; la preuve, c'est que le président du tribunal de commerce permet la saisie conservatoire des meubles corporels, et que les difficultés relatives à l'exécution de cette saisie n'en sont pas moins soumises au tribunal de première instance. 2) La saisie-arrêt s'exécute, dans l'espèce, en vertu de textes qui permettent, sans distinguer, de saisir les « effets mobiliers » avec autorisation du président; or, si le président du tribunal de commerce peut, en vertu de ces articles, autoriser la saisie des meubles corporels, on ne saurait lui refuser ce pouvoir, quant aux créances, sans introduire dans la loi une distinction qui n'y est pas. 3) S'il a le droit de permettre à un créancier sans titre une saisie ordinairement réservée aux créanciers qui en ont un, comment ne pourrait-il pas autoriser une autre saisie qui, de droit commun, se fait sans titre avec la seule autorisation de justice? Le président du tribunal de commerce aura donc qualité pour permettre au demandeur de faire saisie-arrêt aux mains des débiteurs de son adversaire[6], sauf à porter ensuite sa demande en validité devant le tribunal de première instance seul compétent pour en connaître[7].

§ **1022**. II. L'absence d'avoués devant les tribunaux de commerce n'empêche pas les parties de s'y faire représenter par des mandataires ou assister par des avocats : j'en ai donné le motif aux §§ **216** et **249**. Le vœu de la loi, c'est que les parties se présentent en personne devant ces tribunaux — qu'elles se mettent en rapport direct avec les magistrats consulaires, qui sont leurs pairs et leurs élus — que leurs explications contradictoires ou des interrogatoires bien dirigés ramènent le débat aux termes les plus simples, et en rendent la conclusion plus prompte et plus facile — qu'enfin, dans ces affaires exemp-

[6] Voy., en ce sens, Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1495; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Turin, 17 janv. 1810 (D. A. v° *Compétence commerciale*, n° 396); Turin, 30 mars 1813, Aix, 29 déc. 1824 (D. A. *v° cit.*, n° 395).

[7] Merlin, *op. cit.*, v° *Consuls des marchands*, § III, n° 14. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Il en était différemment dans l'ancien droit, et les juges-consuls connaissaient des demandes en validité des saisies-arrêts formées en vertu de créances commerciales (Jousse, *Nouveau commentaire sur les ordonnances des mois d'août 1669 et mars 1673* (Paris, 1775), p. 384). Je reviendrai sur ce point au tome IV.

tes du préliminaire de conciliation[1], les magistrats puissent, par leurs conseils et par leur influence personnelle, amener les parties à une transaction quelquefois meilleure qu'un jugement[2]. Le caractère de cette procédure serait changé, si des hommes de loi venaient s'interposer comme mandataires officiels entre le tribunal et les parties, apportant devant lui l'usage des actes écrits et des habitudes formalistes étrangères au monde commercial. Aussi, non contente de supprimer ici le ministère obligatoire des avoués, la loi ne l'admet-elle même pas à titre facultatif[3], et l'article 421 impose-t-il aux parties l'obligation de « comparaître en personne »[4]. Après cela, libre à elles de venir à l'audience accompagnées d'un mandataire ou d'un avocat, ou même de s'y faire représenter si elles ne peuvent ou ne veulent y assister personnellement[5];

§ **1022.** [1] Voy. t. II, §§ **615** et **623**. Toutefois, une sorte de conciliation extra-légale a été établie au tribunal de commerce de la Seine, dans l'intérêt des justiciables et en vue d'obtenir la diminution des frais de justice. Les causes des plaideurs qui se présentent en personne sont appelées les premières au commencement de l'audience, et M. le président Guillotin a institué, en 1890, le « délibéré immédiat », qui consiste dans le renvoi de ces plaideurs par le tribunal, lorsqu'ils le demandent, devant le président du tribunal, qui, en permanence en son cabinet, les entend contradictoirement pendant l'audience même, et tente immédiatement de les concilier. M. le président Dervillé a étendu cette censure à toutes les affaires par une circulaire adressée, le 21 mars 1894, aux présidents de groupes des chambres syndicales : « Je viens, dit-il, de décider que « cette mesure serait étendue aux parties représentées par des agréés ou autres « mandataires. Tous les plaideurs indistinctement pourront donc désormais trou- « ver à notre siège ces préliminaires de conciliation sur les seuls frais de l'exploit « introductif d'instance, c'est-à-dire avant que les charges de justice aient excédé « 6 francs 30 cent.; mais la loi n'ayant rien prescrit de ce chef, le délibéré im- « médiat reste une faculté, non une obligation, pour les plaideurs, et il doit être « demandé par toutes les parties en cause. Il importe donc que les justiciables « connaissent dûment cette nouvelle mesure, et donnent en temps utile à leurs « mandataires les instructions et les dossiers nécessaires : j'ai pensé que vous « voudriez bien instruire, à cet égard, les chambres syndicales de votre groupe, « et leur recommander ces offices de paix qui sont dans le caractère familial « de notre justice » (*Journal des Débats* du 24).

[2] Maret, *op. cit.* (Dans Locré, *op. et loc. cit.*). Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 126 et suiv.

[3] On a vu t. I, § **217**, que le ministère des avoués est quelquefois facultatif.

[4] Cet article précise le sens de l'article 414, dont la formule : « La procédure « devant les tribunaux de commerce se fait sans le ministère des avoués », signifie que les parties n'ont pas le droit de recourir à ce ministère. On verra au § suivant qu'elles peuvent choisir des avoués pour les représenter, mais à titre privé et sans caractère officiel. D'ailleurs, l'article 627 du Code de commerce est plus formel et ne laisse place à aucun doute : « Le ministère des avoués est « interdit dans les tribunaux de commerce ».

[5] Voy. la suite de ce §, et le règlement intérieur délibéré le 7 février 1885 par le tribunal de commerce de la Seine, exécutoire à partir du 1er mars suivant, rapporté par le *Temps* du 4, et reproduit *infrà*, § **1028**, note 1.

libre à ce mandataire de charger un avocat de la plaidoirie, s'il n'a pas lui-même l'habitude de la parole, et qu'il craigne de compromettre les intérêts qui lui sont confiés[6]; mais aussi libre au tribunal d'ordonner, même d'office, que les parties représentées ou l'une d'elles seront entendues à l'audience ou en chambre du conseil[7], ou qu'en cas d'empêchement[8] un membre du tribunal ou même un juge de paix[9] se transporteront chez elles, avec le greffier[10], pour les interroger et dresser procès-verbal de leurs réponses[11]. La présence d'un mandataire ne saurait empêcher le tribunal d'obtenir des parties les explications qu'il juge nécessaires : s'il en est ainsi dans la procédure civile où les parties sont forcément représentées[12], ce mode d'instruction est encore plus légitime en matière commerciale, et, de tout temps, les tribunaux consulaires en ont largement usé[13].

§ **1023**. La partie qui comparaît par le ministère d'un fondé de pouvoir doit l'autoriser par sa présence, ou le munir d'une procuration spéciale[1] qui peut être donnée par le

[6] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 66. On a vu t. I, § **249**, que les règles de la profession permettent aux avocats de plaider devant les tribunaux de commerce.

[7] L'article 428 ne prescrit pas d'en dresser procès-verbal, mais Bourbeau considère cette formalité comme indispensable, au moins dans le cas où le tribunal statuera en premier ressort, pour mettre la cour d'appel au fait des déclarations sur lesquelles le jugement a été rendu (*Op. cit.*, t. VI, p. 308). Cette exigence me paraît excessive : un jugement ne peut être annulé pour omission d'une formalité qui n'est ni substantielle ni exigée par la loi (Voy. t. II, §§ **497** et suiv.), et il doit suffire d'y consigner les réponses des parties aux questions qui leur ont été adressées.

[8] « Empêchement légitime » dit l'article 428, c'est-à-dire absence ou maladie (Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1530; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*).

[9] En vertu d'une commission rogatoire (Voy. t. II, § **543**, et *infrà*, § **1036**, note 5).

[10] L'article 428 ne parle pas du greffier, mais son assistance à toutes les opérations de justice est une formalité indispensable (Voy. t. I, § **89**).

[11] L'article 428 prescrit, dans ce cas, la rédaction d'un procès-verbal, formalité nécessaire pour donner connaissance au tribunal des déclarations entendues par le juge-commissaire.

[12] Voy. t. II, § **794**.

[13] Art. 428. On a même vu *ib.*, note 1, que la comparution personnelle n'avait lieu autrefois que devant les tribunaux consulaires, et qu'elle a passé de là dans la procédure civile. Les tribunaux de commerce ont, d'ailleurs, un pouvoir discrétionnaire à l'effet d'ordonner ou de refuser la comparution personnelle d'une partie, quand c'est l'autre qui la demande (Req. 10 nov. 1879; D. P. 80. 1. 390).

§ **1023**. [1] Une procuration générale ne suffit pas (Metz, 16 avr. 1870, D. P. 70. 2. 193; Aix, 28 nov. 1870, D. P. 71. 5. 393).

demandeur au bas de l'original, par le défendeur au bas de la copie de la citation[2]. Il est exhibé, avant l'appel de la cause, au greffier qui le vise sans frais ; le jugement ne fait mention que de l'autorisation donnée au mandataire par la partie présente, ou du pouvoir spécial dont il était muni. Le président du tribunal et le procureur général près la cour d'appel du ressort, chargés de procéder à la vérification des minutes[3], s'assurent de l'accomplissement de cette formalité, consignent dans un procès-verbal le résultat de leur examen, et, en cas de contravention, en rendent compte au garde des sceaux qui prend contre le greffier les mesures disciplinaires qu'il juge convenables[4]. Il va sans dire que ces formalités ne sont pas prescrites à peine de nullité, mais que, faute par une partie de s'être fait dûment représenter, le jugement ne sera rendu que par défaut : les choses se passeraient ainsi en matière civile[5], et il n'en sera pas autrement en matière commerciale[6]. Toutefois, deux difficultés se sont élevées : 1° le tribunal peut-il exiger la légalisation du pouvoir sous seing privé, quand les parties ne sont point présentes à l'audience[7]? 2° comment prouve-t-on, en cas de contestation, que les parties ont été dûment représentées, et que, par suite, le jugement est contradictoire?

§ **1024**. 1° Qu'un tribunal de commerce ne puisse pas décider par un jugement que le pouvoir sous seing privé de représenter une partie devant lui devra désormais être légalisé ; qu'il ne puisse pas non plus prendre en ce sens une

[2] Cette forme est assez généralement employée, mais ce pouvoir serait aussi régulièrement donné par acte séparé, même par lettre missive (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 59; Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1515; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 131 ; Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 5; Bonnier, *op. cit.*, n° 940).

[3] Voy., sur ce point, *infrà*, § **1166**.

[4] C. comm., art. 627. O. 5 nov. 1823, art. 6 et 7. O. 10 mars 1825, art. 1 et suiv. Voy., sur les abus auxquels cette ordonnance a eu pour but de remédier, Orillard, *De la compétence et de la procédure des tribunaux de commerce*, n°s 710 et 711 ; et, sur celle du 5 novembre 1823, *infrà*, § **1166**.

[5] Voy. le tome VI.

[6] Voy., sur ce point, les arrêts rapportés *infrà*, § **1026**, note 5.

[7] La légalisation n'est pas une condition de validité du pouvoir, et, si le tribunal n'a pas cru devoir l'exiger, on n'est pas admis à arguer du défaut de légalisation pour soutenir que la partie n'a pas été régulièrement représentée : ce point ne fait aucun doute (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 57 et 58 ; Chauveau, sur Carré, *op et loc. cit.*; Bonnier, *op. et loc. cit.*).

délibération intérieure et s'y référer dans un jugement[1], cela est certain — il se mettrait, dans l'un et l'autre cas, en opposition avec l'article 5 du Code civil, qui défend aux tribunaux de statuer par voie de disposition générale et réglementaire[2] — mais là n'est pas la question : il s'agit uniquement de savoir si, ne statuant que sur la cause qui lui est soumise et entre les parties actuellement engagées dans le débat, un tribunal de commerce peut exiger d'un mandataire, qui n'est pas autorisé par la partie présente, qu'il justifie de son pouvoir par la signature légalisée de son mandant. Cette exigence me paraît légitime[3], car l'article 627 du Code de commerce, qui n'admet à se présenter aux audiences commerciales que les mandataires pourvus d'un mandat spécial, a certainement conféré aux tribunaux de commerce le droit de contrôler le pouvoir de quiconque prétend représenter une partie absente, de s'assurer que ce pouvoir est sincère, et d'ordonner, à cet effet, toutes les justifications d'usage en pareil cas : notamment, la légalisation qui garantit la sincérité des signatures apposées à un acte authentique ou sous seing privé[4]. C'est pourtant sur ce dernier point que la controverse a porté et porte encore aujourd'hui; car, d'après une autre opinion, la légalisation s'appliquerait seulement aux signatures des fonctionnaires et des officiers publics, et les tribunaux ne pourraient exiger que celles des simples citoyens fûssent certifiées dans la même forme[5]. C'est là qu'est l'erreur, car

§ **1024**. [1] C'est ce qu'avait fait le tribunal de commerce de la Seine dans l'affaire jugée par l'arrêt cité *infrà*, note 3, en s'appuyant, pour exiger la légalisation, sur une délibération antérieure du 24 septembre 1818, qualifiée improprement d'arrêté, et sanctionnée le 13 octobre 1830 par le conseil d'administration du ministère de la justice et par le garde des sceaux lui-même (D. A. v° *Agréé*, n° 20). Voy., sur ce point, les conclusions données par M. l'avocat général Arthur Desjardins à propos de l'arrêt cité *infrà* note 3.

[2] Voy., sur ce point, t. I, § **10**.

[3] Voy., en ce sens, civ. rej. 1er mars 1883 (D. P. 83. 1. 441); *Conférence des avocats à la cour d'appel de Paris*, 31 mars 1884 (M. Flogny, rapporteur); et, sur cette question, Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. I, n° 430.

[4] C'est un but analogue qu'a poursuivi l'ordonnance précitée du 10 mars 1825, en assurant l'exécution de l'article 627 du Code de commerce par l'injonction de mentionner dans le jugement le pouvoir spécial dont le mandataire était porteur.

[5] Voy. le pourvoi rejeté par l'arrêt cité *suprà*, note 1 ; sur la thèse générale dont ce pourvoi faisait application en matière commerciale, la note dans D. P. 83. 1. 441 ; et, sur la différence qu'on a cru voir entre *légaliser* et *certifier*, les conclusions précitées de M. l'avocat général Arthur Desjardins.

le droit pour les maires et présidents des tribunaux de première instance de légaliser les signatures apposées aux actes sous seing privé a été, à plusieurs reprises, officiellement reconnu. Je citerai, entre autres : 1° le décret des 6-27 mars 1791 : « La légalisation des actes ne sera point faite, les « certificats de vie ne seront point donnés par les juges de « paix; la légalisation sera faite, les certificats seront donnés « gratuitement par les présidents des tribunaux de district ou « ceux des juges qui en feront les fonctions »[6]; 2° l'article 698 du Code de procédure civile en matière de saisie immobilière : « Il sera justifié de l'insertion aux journaux par un « exemplaire de la feuille, contenant l'extrait énoncé en l'ar- « ticle précédent[7]; cet exemplaire portera la signature de « l'imprimeur légalisée par le maire »[8]; 3° l'ordonnance du 12 décembre 1821, sur la procédure en matière de conflit : « Les observations seront formées par un simple mémoire « signé de la partie ou d'un avocat en nos conseils; lorsque « la partie signera seule, sa signature sera légalisée par le « maire de son domicile »[9]; 4° l'avis du Conseil d'État du 22 avril 1831 : « Toutes les fois qu'il s'agit d'un acte sous seing « privé, de la délivrance d'un certificat de vie, ou, en un mot, « de toutes les pièces ayant un caractère d'utilité, les maires « ne peuvent refuser de légaliser les signatures des habitants « de leurs communes; mais ils peuvent refuser les légalisa- « tions qui leur seraient demandées pour certifier des signa- « tures apposées à des écrits qui n'ont aucun but d'utilité « judiciaire ou administrative »[10].

§ **1025.** 2° L'existence et la régularité du mandat donné à une personne, d'en représenter une autre devant le tribunal de commerce, doivent résulter du jugement lui-même : il est donc rendu par défaut[1] s'il ne mentionne pas la présence

[6] Art. 11. Voy., sur l'interprétation de cet article, les conclusions précitées de M. l'avocat général Desjardins.

[7] Il s'agit de l'article 697, qui autorise, moyennant permission du président, à annoncer l'adjudication par la voie de la presse (Voy. le tome IV).

[8] Voy., sur l'article 698, *ib.*

[9] Art. 5. Voy., sur le conflit d'attribution, t. I, § **19**.

[10] Cité par M. l'avocat général Desjardins dans les mêmes conclusions.

§ **1025.** [1] On en verra la conséquence au tome VI.

du mandant à l'audience du tribunal ou la production d'un pouvoir spécial émané de lui; il n'est point permis, dans le silence du jugement, de prouver par ailleurs que la partie assistait à l'audience, ou qu'elle avait donné mandat de la représenter. Inutile d'invoquer ici l'ordonnance du 30 mars 1825, dont les prescriptions réglementaires ne font que rappeler le droit commun[2]. Cette solution est seule conforme : 1) à l'article 627 du Code de commerce qui n'admet à plaider pour une partie, devant un tribunal de commerce, que le mandataire autorisé par la partie présente ou muni de sa procuration spéciale; 2) au principe que les jugements doivent porter en eux-mêmes la preuve de leur validité et l'indication de leur caractère, à savoir s'ils sont contradictoires ou par défaut[3]. On se gardera, toutefois, de pousser le formalisme à l'excès, et, présumant que les faits constatés par le jugement ont été régulièrement accomplis dès qu'il n'y a pas de motif sérieux d'en douter[4], on n'exigera pas que le jugement qui constate la présence de la partie mentionne expressément son autorisation : du moment qu'elle assistait à l'audience, on en conclura raisonnablement qu'elle autorisait les conclusions prises et les plaidoiries en son nom[5].

§ **1026**. Quant aux personnes qui peuvent se présenter comme mandataires devant les tribunaux de commerce, la capacité est, comme toujours, la règle, et l'incapacité l'exception. J'en conclus qu'à moins d'être exceptée par la loi, toute personne capable de contracter[1] peut représenter les parties

[2] Voy., sur l'utilité de ce rappel, Orillard, *op. et loc. cit.*

[3] Voy., sur ce principe, le tome VII.

[4] Voy., sur ce principe, *infrà*, §§ **1050** et suiv.

[5] Toulouse, 27 avr. 1820 (D. A. v° *Jugement par défaut*, n° 25). L'arrêt assez confus que la cour d'Orléans a rendu sur ce point, le 15 février 1853 (D. P. 53. 2. 153), est exact s'il veut dire seulement que le jugement frappé d'appel était par défaut, ce qui laisse planer un doute sur le point de savoir si les parties avaient assisté à l'audience en personne. Au contraire, je ne puis l'approuver s'il signifie que la présence, même certaine, des parties ne suffit pas pour rendre le jugement contradictoire, et que ce jugement doit mentionner l'autorisation donnée par les parties présentes aux personnes qui se disent leurs mandataires (Voy. l'arrêt de la cour de cassation, du 2 avril 1855 (D. P. 55. 1. 154), qui a rejeté le pourvoi formé contre cet arrêt. Le projet de 1894 autorise les avocats et les avoués à se présenter sans procuration devant les tribunaux de commerce (P. 87).

§ **1026**. [1] Voy., sur la capacité de contracter et, spécialement, de recevoir un mandat, t. I, § **305**, note 10.

et plaider pour elles[2] devant un tribunal de commerce[3]; spécialement : 1° qu'un avoué peut occuper devant un tribunal de commerce, non pas comme avoué et avec les privilèges attachés à cette fonction, mais comme personne privée, c'est-à-dire assisté de la partie présente ou muni de sa procuration spéciale, et qu'il n'est pas besoin, pour contester l'usage qu'il en a fait, de recourir à la voie spéciale du désaveu[4]; 2° que les avocats peuvent plaider devant les tribunaux de commerce aussi bien que devant les juridictions civiles[5], et que, s'ils n'y peuvent représenter les parties, cela tient seulement aux règles de leur profession qui leur interdisent d'accepter aucune procuration[6]; 3° que, dans les tribunaux où il existe une corporation d'agréés, cette profession n'est pas un monopole, et que le droit de représenter les parties et de plaider pour elles demeure ouvert à qui juge à propos de l'exercer[7].

Il n'y a que deux exceptions à ce principe. 1° Les magistrats en activité de service peuvent représenter les parties en matière commerciale, car aucune loi ne s'y oppose[8]; mais ils ne peuvent, les juges suppléants exceptés, plaider pour elles devant aucune juridiction, même devant un tribunal de commerce[9]. 2° « Aucun huissier ne pourra ni assister comme « conseil, ni représenter les parties en qualité de procureur « fondé[10], à peine d'une amende de 25 à 50 francs qui sera

[2] Représenter et plaider sont deux fonctions différentes (Voy. t. I, § **218**).

[3] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 65. Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1514. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 219. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 649.

[4] Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1516. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. et loc. cit.* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit.* Voy., sur les privilèges des avoués occupant en cette qualité, sur la foi due à leurs déclarations (notamment à celle par laquelle ils affirment avoir été constitués), et sur la procédure de désaveu, t. I, § **215** et suiv., et *suprà*, §§ **906** et suiv.

[5] Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1514. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit.*

[6] Voy., sur cette règle de la profession d'avocat, t. I, § **252**. Aj., sur la situation particulière des avocats qui plaident devant les tribunaux de commerce, et notamment à Paris, t. I, § **249**, note 16.

[7] Voy. t. I, § **283**.

[8] Carré, *op. et loc. cit.* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit. Contrà*, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 62.

[9] Art. 86 (Voy., sur ce point, t. II, § **687**).

[10] Il n'y a donc pas à distinguer pour eux, comme pour les magistrats, entre la représentation et la plaidoirie : toutes deux leur sont interdites.

« prononcée sans appel par le tribunal, sans préjudice des « peines disciplinaires contre les huissiers contrevenants »[11] : prohibition[12] qui ne se trouvait pas dans le Code de commerce de 1807, mais qu'y a insérée l'article 4 de la loi du 3 mars 1840 par défiance de l'esprit processif qu'elle suppose à ces officiers ministériels[13]. Ces deux exceptions cessent elles-mêmes de s'appliquer, lorsqu'un magistrat ou un huissier plaident la cause de leur femme, de leurs parents ou alliés en ligne directe, ou de leur pupille[14].

Quant aux agréés dont j'ai expliqué le caractère au § **285**, je me borne à ajouter ici qu'ils sont astreints, à une seule exception près, aux principes généraux qui régissent le mandat de représenter et de plaider devant les tribunaux de commerce : 1° ils sont tenus, comme tous autres mandataires, de justifier du mandat qu'ils ont reçu, soit en se faisant assister à l'audience par leurs clients, soit en produisant la procuration spéciale qui a dû leur être donnée[15]; 2° leurs déclarations ne font pas la même foi que celles des avoués, et il suffit, pour les combattre, d'affirmer qu'ils n'avaient pas mandat de les faire; à eux de fournir la preuve contraire, c'est-à-dire que la procédure du désaveu ne s'applique point ici[16]. Leur seul privilège, c'est que le tribunal de commerce de la Seine les a dispensés, par délibération du 27 août 1830[17], de produire une procuration authentique ou légali-

[11] C. comm., art. 627.

[12] Elle ne concerne pas les clercs d'huissier (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 64; comp. *suprà*, § **404**.

[13] Voy. *suprà*, *ib.*

[14] Art. 86. C. comm., art. 627. Comp. t. II, § **687**.

[15] Rouen, 1er mars 1811 (D. A. v° *Désaveu*, n° 15). Rennes, 10 juill. 1820 (D. A. v° *Défense*, n° 274). Ils doivent le représenter à toute réquisition (Délibération du tribunal de commerce de la Seine, 7 févr. 1827; D. A. v° *Agréé*, n° 56). L'installation de la salle d'audience du tribunal de commerce de la Seine ne comportait d'abord que seize pupitres placés sur deux rangs, et exclusivement réservés aux agréés : le plaideur qui voulait défendre lui-même sa cause était forcé de tenir son dossier sous le bras ou de le déposer à terre. Pour obvier à cet inconvénient, on a établi deux bancs avec pupitres, qui seront réservés aux plaideurs ou à leurs fondés de pouvoir (Le *Temps* du 19 juin 1884).

[16] Bioche, *op. cit.*, v° *Désaveu*, nos 60 et 61. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. I, nos 428 et 431. Bruxelles, 7 déc. 1812; Metz, 23 août 1822 (D. A. v° *Désaveu*, n° 14). *Contrà*, Rouen, 1er mars 1811, Paris, 7 févr. 1824, Nîmes, 22 juin 1824 (D. A. v° *cit.*, n° 15 ; Toulouse, 24 avr. 1841 (D. A. v° *Agréé*, n° 47). Voy., sur le désaveu des avoués, *suprà*, §§ **909** et suiv.

[17] Approuvée le 13 octobre suivant avec celle du 24 septembre 1818 (D. A. v° *Organisation judiciaire*, n° 519; comp. le § précédent, note 20).

sée; et encore, n'ayant pas plus qu'un autre le droit de statuer par forme de règlement, ce tribunal devrait-il, en cas de contestation, prononcer sur ce point par une décision spéciale et applicable uniquement au procès actuel et aux parties en cause : il violerait l'article 5 du Code civil en se référant uniquement à la délibération du 27 août 1830[18].

§ **1027**. C'est encore en vertu du principe qui prohibe en matière commerciale la représentation officielle des parties[1], que l'article 422 prescrit à celles qui ne sont pas domiciliées au siège du tribunal[2] d'y élire domicile, lorsqu'à la première audience il n'intervient pas de jugement définitif : inutile en matière civile, où les parties ont nécessairement domicile élu chez leurs avoués[3], cette précaution est indispensable en matière commerciale pour économiser le temps et les frais, et pour dispenser de faire au domicile réel, peut-être éloigné des parties, les significations nécessaires dans une procédure qui n'a pu se terminer le jour même. Cette formalité s'impose également aux deux parties[4], même au demandeur qui aurait fait élection de domicile dans l'exploit d'ajournement : il doit la renouveler à l'audience, car, aux termes de l'article 422, l'élection de domicile — celle du demandeur comme celle du défendeur : la loi ne distingue pas — doit être mentionnée au procès-verbal de l'audience[5]. A défaut de cette formalité, les parties sont censées avoir élu domicile au greffe du tribunal où toutes significations peuvent leur

[18] Voy., sur l'article 5 du Code civil, t. I, § **10** : et, sur l'application de cet article à ce cas particulier, les conclusions de M. l'avocat général Arthur Desjardins citées *suprà*, § **1024**, notes 1, 3, 5, 6 et 10.

§ **1027**. [1] Voy. *suprà*, § **417**.

[2] Et qui y comparaissent, dit l'article 422. En ne comparaissant pas, elles feraient défaut, et je renvoie cette hypothèse au tome VI.

[3] Voy., pour le demandeur, t. II, § **249** ; pour le défendeur, t. II, § **260**.

[4] Quand même le renvoi au tribunal de première instance aurait été prononcé à raison d'un incident dont le tribunal de commerce ne pourrait connaître Bioche, *op. cit.*, v° *Tribunal de commerce*, n° 71 ; Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1517 ; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; voy., sur cette hypothèse, *infrà*, § **1029**.

[5] Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 224. Bonnier, *op. cit.*, n° 941. Camberlin, *op. cit.*, p. 236. Poitiers, 28 nov. 1822 ; Bordeaux, 26 févr. 1830 (D. A. v° *Domicile élu*, n° 23). Civ. rej. 25 mars 1862 (D. P. 62. 1. 176). Douai, 20 mai 1876 (D. P. 76. 2. 97). Comp. civ. rej. 19 févr. 1836 (D. A. v° *Jugement par défaut*, n° 154) ; Nîmes, 6 août 1861 (D. P. 61. 5. 160) ; civ. cass. 24 févr. 1879 (D. P. 79. 1. 207).

être faites. L'élection de domicile prescrite par l'article **422** dure un an, par application de l'article **1038**[6], et permet de faire au domicile élu, ou même au greffe, toutes les significations qui précèdent le jugement[7] ou qui le suivent, qu'elles aient pour but d'en préparer l'exécution ou de faire courir le délai qu'on a pour en appeler[8]. Il est, d'ailleurs, loisible à celui dans l'intérêt duquel il est élu domicile de ne point user des droits qui en résultent, et de signifier les actes faits à sa requête dans la forme indiquée aux §§ **583** et suivants[9]; mais la signification au domicile d'un agréé des actes antérieurs à la comparution ne peut remplacer l'élection de domicile inscrite au procès-verbal de l'audience[10].

§ **1028**. III. L'instruction en matière commerciale est des plus simples[1].

[6] Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 6. Voy., sur l'article 1038, le tome IV.

[7] L'élection de domicile produit effet entre toutes les parties en cause (Req. 12 déc. 1855, D. P. 56. 1. 259), mais seulement entre elles : l'intervention devrait être signifiée à leur domicile réel (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 72; Carré, *op. et loc. cit.*; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*).

[8] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 77 et 78. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 650. Rodière, *op. et loc. cit.* Paris, 10 août 1889 (D. P. 90. 2. 288; S. 91. 2. 239). Voy., sur la signification au domicile élu considérée comme point de départ du délai d'appel, le tome VI.

[9] Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 225. Bonnier, *op. et loc. cit.* Req. 19 mai 1885 (D. P. 86. 1. 51). C'est l'application du principe général posé incidemment t. II, § **480**.

[10] Paris, 10 août 1889 (D. P. 90. 2. 288; S. 91. 2. 239).

§ **1028**. [1] Voy. Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 132 et suiv. Le règlement intérieur du tribunal de commerce de la Seine cité *suprà*, § **1022**, note 5, est ainsi conçu. Art. 1. *Placement des causes au greffe.* Les justiciables demandeurs se présentant en personne peuvent, le jour même de l'audience, jusqu'à 9 heures et demie, faire le placement de leurs causes, à la différence des agréés et mandataires qui sont tenus de les placer la veille de l'audience. — Art. 2. *Remise des copies d'assignation à l'appariteur.* A la suspension de l'audience, soit vers 11 heures, les défendeurs qui n'ont pas répondu à l'appel de leur nom doivent, pour éviter un jugement par défaut, remettre immédiatement leur copie à l'appariteur. Pendant cette suspension, un employé du greffe, ayant une place réservée dans la salle d'audience, sera à la disposition des parties pour leur donner tous renseignements utiles sur l'appel des causes. — Art. 4. *Affaires non placées par les demandeurs* (remise des copies par l'appariteur avant la reprise de l'audience). A midi précis, c'est-à-dire avant la reprise de l'audience, l'appariteur fera l'appel de toutes les causes qui n'auront point été placées par les demandeurs; il rendra les copies aux défendeurs assignés qui pourront aussitôt quitter le tribunal. Ces défendeurs, s'ils le préfèrent, peuvent, après s'être adressés au greffier d'audience, requérir défaut-congé de la demande formée contre eux; ce défaut-congé sera prononcé dès la reprise de l'audience. — Art. 5. *Reprise de l'audience* (ordre des appels des parties). Seront appelées aussitôt la reprise de l'audience : 1° toutes les affaires du jour concernant les parties qui se présentent en personne soit en demandant soit en défendant; 2° toutes les demandes du

L'affaire est mise au rôle par les soins du demandeur, inscrite sous un numéro d'ordre, et appelée à son tour par l'huissier audiencier[2] à l'audience indiquée par l'assignation[3]. Le demandeur n'a point à conclure, ses conclusions étant déjà formulées dans l'exploit d'ajournement; le défendeur pose les siennes verbalement ou par écrit : dans un cas, il les dicte au greffier qui les relate au procès-verbal de l'audience; dans l'autre cas, il les remet au même greffier qui les vise et les annexe à l'exploit d'ajournement[4]. On plaide l'affaire aussi brièvement que possible : simple conseil donné par les anciennes ordonnances[5], et généralement suivi aujourd'hui[6]. C'est au président qu'il appartient d'inviter les parties à se hâter, ou de leur retirer la parole si leur défense s'égare ou passe les limites raisonnables[7]. La communication

jour dans lesquelles les défendeurs ne sont ni présents ni représentés, pour permettre aux demandeurs de se retirer de suite avec le bénéfice du défaut qui aura été prononcé à l'appel du matin; 3° les affaires venant d'un autre jour, intéressant toujours les parties se présentant en personne. Enfin, les mardis et vendredis, il sera fait, après les causes du jour, et celles venant d'une autre audience, concernant les parties non représentées par des mandataires, un appel des causes inscrites au rôle. Cet appel ne comprendra aussi que les affaires dans lesquelles les justiciables se présentent seuls à la barre. Après ces différents appels, et lorsque toutes les affaires concernant les parties ont reçu la solution qu'elles comportent, les justiciables demandeurs ou défendeurs se présentant en personne seront avertis par M. le président de l'audience qu'ils peuvent se retirer. Seules, les parties dont les affaires auraient été retenues pour être plaidées dans l'après-midi, si elles peuvent arriver en ordre utile, seront tenues de rester à l'audience. — Art. 6. *Audiences des mercredis, jeudis et samedis.* En ce qui concerne ces trois jours d'audience, et bien que l'affaire ait été continuée à quinzaine avec inscription au rôle, les parties doivent se présenter, à dix heures, à l'audience à laquelle leur affaire est inscrite. La décision concernant ces affaires est prise à l'appel du matin; dès que cette décision est intervenue, les justiciables peuvent immédiatement se retirer (Voy., sur le défaut auquel ce règlement fait plusieurs fois allusion, le tome VI).

[2] Elle serait appelée par une autre personne qu'il n'en résulterait pas de nullité (Camberlin, *op. cit.*, p. 234).

[3] Voy., sur ce mode d'assignation, t. II, § **654**. Il n'y a ni avenir pour voir mettre l'affaire au rôle, ni sommation d'audience pour se présenter au jour où elle doit être appelée (Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1517 *ter*; voy., sur ces formalités dans la procédure civile, t. II, §§ **673** et suiv.).

[4] Camberlin, *op. et loc. cit.* L'article 70 du décret du 30 mars 1808, qui oblige les parties à se signifier respectivement leurs conclusions trois jours d'avance (Voy. t. II, § **681**), ne s'applique pas en matière commerciale (Rennes, 28 nov. 1881; D. A. v° *Tribunaux de commerce*, supp., n° 8).

[5] Lett. pat. 6 août 1349, art. 23 (*Ordonnances des rois de France*, t. II, p. 312) et 8 mars 1462, art. 4 (*Ib.*, t. XV, p. 645). Éd. nov. 1563, art. 4 (Isambert, *op. cit.*, t. XIV, p. 155).

[6] Camberlin, *op. cit.*, p. 237.

[7] Voy., sur ce droit du président, et sur la mesure avec laquelle il doit en user pour ne point porter atteinte à la liberté de la défense, t. II, § **687**.

au ministère public n'a lieu ni devant les tribunaux de commerce qui n'ont point de parquet[8], ni même devant les tribunaux de première instance qui n'ont à observer en matière commerciale que les formes prescrites pour ce genre d'affaires[9]. Par exception, les incidents qu'un tribunal de première instance doit renvoyer de son audience commerciale à son audience civile — je reviendrai sur ce point au § suivant — ne peuvent être jugés que sur les conclusions du procureur de la République, lorsqu'ils rentrent, par leur nature ou par la qualité des parties, dans l'énumération des causes de communication au ministère public[10]. Le jugement est rendu, s'il se peut, séance tenante; sinon, l'affaire est renvoyée à une autre audience pour continuer les débats[11] ou seulement pour rendre le jugement; dans ce dernier cas, elle est mise en délibéré simple ou sur rapport[12].

Les usages particuliers du tribunal de commerce de la Seine compliquent un peu les choses[13]. L'affaire doit, par mesure d'ordre, être mise au rôle la veille de l'audience où elle sera appelée[14], à moins que les parties ne se présentent en personne, ou que le défendeur n'ait été assigné d'heure à heure[15]. Elle est, suivant son importance, inscrite au grand rôle qui ne s'expédie que le lundi, ou au petit rôle qui s'expédie les autres jours[16] : le petit rôle se compose des affaires courantes, qui sont jugées le même jour ou exceptionnellement renvoyées au lendemain; celles du grand rôle, plus importantes et, par conséquent, plus longues, sont le plus souvent renvoyées à une autre audience, non pas au lundi suivant, mais à quinzaine, c'est-à-dire au jour où, suivant le

[8] Voy. t. I, § **44**.

[9] Voy. t. I, § **206**, et *suprà*, § **1015**.

[10] Voy. t. I, § **206**.

[11] Bourbeau, *op. cit.*. t. VI, p. 225. Rodière, *op. et loc. cit.* Camberlin. *op. cit.*, p. 244.

[12] Bourbeau, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit.* Camberlin, *op. cit.*, p. 239.

[13] Voy. le règlement intérieur rapporté *suprà*, note 1. Comp. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. I, n° 432.

[14] Camberlin, *op. cit.*, p. 234. Le demandeur doit payer, avant l'appel de la cause, le droit de greffe pour mise au rôle et le droit de placement dû à l'huissier audiencier (Camberlin, *op. et loc. cit.*).

[15] Voy., sur cette dernière hypothèse, *suprà*, § **416**.

[16] Les différentes chambres du tribunal de commerce de la Seine ne peuvent pas siéger le même jour (Voy. t. I, § **70**).

roulement établi au tribunal, les juges qui ont siégé à la première audience se retrouveront pour la première fois ensemble[17].

§ **1029**. Tout juges d'exception qu'ils sont — j'en ai montré les conséquences aux §§ **441** et suivants — les tribunaux de commerce connaissent, en principe et en vertu de la règle que le juge de l'action est juge de l'exception[1], des moyens de défense invoqués et les incidents soulevés devant eux. Ils jugent, d'abord, les moyens de défense qui mettent en question le caractère commercial des conventions litigieuses[2] ou la qualité professionnelle des parties[3] : font-elles le commerce et ont-elles le droit de le faire? si c'est une femme, est-elle autorisée de son mari? si c'est un mineur émancipé, est-il autorisé conformément à l'article **2** du Code de commerce[4]? Il en est de même des objections élevées contre la validité intrinsèque ou extrinsèque des actes intervenus entre les parties : sont-ils entachés d'erreur, de dol ou de violence? l'écrit qui les constate est-il authentique, ou, s'il est sous seing privé, a-t-il date certaine[5]? Il en est de même, enfin, des incidents autres que le désaveu, l'inscription de faux et

[17] Voy., sur ces deux rôles et sur la composition des chambres du tribunal, t. I, *ib.*

§ **1029**. [1] Voy., sur cette règle, t. II, § **414**.

[2] Voy., sur la distinction des actes civils et des actes de commerce, t. II, §§ **436** et suiv.

[3] Bourbeau, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. cit.*, n° 943. J'oppose la qualité professionnelle à la qualité juridique (Comp. t. II, § **445**, note 2).

[4] Bourbeau, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. et loc. cit.* Si l'existence du mariage ou la validité de l'émancipation étaient mises en doute, le tribunal de commerce cesserait d'être compétent (Voy. t. I, *ib.*). On a vu t. I, § **315**, que le tribunal de première instance peut autoriser séance tenante la femme qui plaide sans l'autorisation de son mari; *quid* du tribunal de commerce? Voy. civ. cass. 17 août 1813 (D. A. v° *Mariage*, n° 905).

[5] Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 300 et suiv. Bonnier, *op. et loc. cit.* Voy., sur la question de savoir jusqu'à quel point il est nécessaire en matière commerciale que les actes sous seing privé aient date certaine, t. II, § **722**. Si le débiteur poursuivi en paiement d'une dette commerciale excipe de ce qu'elle est entachée d'usure ou d'escroquerie, le tribunal de commerce peut-il connaître de ce moyen de défense? Voy., pour l'affirmative, Toulouse, 26 déc. 1840 (D. A. v° *Compétence commerciale*, n° 362); pour la négative, Montpellier, 10 févr. 1826 (D. A. v° *et loc. cit.*). Il a encore été jugé — et cela ne saurait faire difficulté — que les tribunaux de commerce sont juges de toutes les questions de droit civil qu'un syndic de faillite soulève pour la forme, et à seule fin de dégager sa responsabilité (Lyon, 18 avr. 1874; D. P. 76. 2. 195).

la vérification d'écriture[6], à savoir : 1° la récusation d'un juge[7]; 2° les exceptions de litispendance et de connexité; 3° celle de la caution *judicatum solvi*[8]; 4° celle du délai pour faire inventaire et délibérer[9], pourvu que la qualité d'héritier ou de femme commune en biens ne soit pas contestée[10]; 5° les incidents relatifs à la preuve[11]; 6° la demande en reprise d'instance[12]; 7° l'exception de nullité[13]; 8° les demandes additionnelles et reconventionnelles qui ne sortent pas de sa compétence *ratione materiæ*[14]; 9° l'intervention active ou passive[15]. Les incidents relatifs à la compétence, la

[6] Voy., sur ces trois incidents, t. II, §§ **797** et suiv., **802**, **906** et suiv. Aj., quant à la vérification de l'écriture, Paris, 25 juin 1897 (D. P. 97. 2. 494).

[7] A laquelle s'appliquent toutes les règles de fond et de forme qui ont été posées t. II, §§ **753** et suivants, pour les tribunaux de première instance (Angers, 12 janv. 1815, D. A. v° *Récusation*, n° 18; Montpellier, 1er avr. 1852, D. P. 53. 2. 142).

[8] Établie en matière commerciale par la loi du 5 mars 1895, qui abroge l'article 423 et modifie, en ce sens, l'article 16 du Code civil. Voy. : 1° sur les circonstances qui ont motivé cette innovation, et fait retirer aux étrangers le bénéfice, dont ils avaient joui jusqu'alors, de n'avoir pas à fournir cette caution en matière commerciale, les travaux préparatoires de cette loi analysés dans D. P. 95. 4. 36, note 1, et ma notice dans l'*Annuaire de législation française*, 15e année, 1896, p. 79; 2° sur l'application de cette loi, Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. I, n° 436; 3° sur sa rétroactivité, t. II, § **493**.

[9] Un tribunal de commerce peut accorder un sursis à l'héritier jusqu'à l'expiration des délais pour faire inventaire et délibérer; il peut aussi le condamner comme héritier pur et simple, s'il ne justifie, dans un délai déterminé, de sa renonciation ou de son acceptation sous bénéfice d'inventaire (Riom, 27 déc. 1830; D. A. *v° cit.*, n° 359).

[10] Voy., sur cette hypothèse, t. II, § **445**.

[11] L'inscription de faux et la vérification d'écriture exceptées (Voy., *suprà*, note 6). Aj., sur le droit d'exiger en matière commerciale la communication des pièces, Grenoble, 3 déc. 1892 (D. P. 93. 2. 574; S. 94. 2. 101).

[12] Voy. *infrà*, § **1034**.

[13] C'est-à-dire que le tribunal de commerce est juge de l'exception de nullité Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 261; Rodière, *op. et loc. cit.*: Voy., sur le désaveu, le § précédent).

[14] Les conclusions additionnelles et reconventionnelles peuvent être formulées par écrit avant l'audience, ou verbalement à la barre quand l'adversaire est présent : s'il fait défaut, elles ne peuvent être formées que par écrit (Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 320; Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 18; Camberlin, *op. cit.*, p. 238).

[15] Rigoureusement, l'intervention devrait être formée par exploit signifié à personne, et à un jour franc, à moins qu'attendu l'urgence le président n'eût accordé à l'intervenant la permission d'assigner les parties principales de jour à jour ou d'heure à heure (Bruxelles, 9 mai 1810, D. A. v° *Domicile élu*, n° 29; Aix, 16 mai 1860, D. P. 60. 2. 118; Amiens, 21 mai 1872, D. P. 73. 5. 291; Angers, 24 févr. 1894, D. P. 94. 2. 497; S. 96. 2. 243; voy., sur les assignations à bref délai en matière commerciale, *suprà*, §§ **1017** et **1018**). Toutefois, une pareille rigueur pourrait rendre l'intervention impossible dans les affaires jugées à la première audience : quand les deux parties principales sont présentes, l'intervention doit pouvoir être formée à l'audience (Bourbeau, *op. et loc. cit.*; Ro-

reprise d'instance, l'appel en garantie et la preuve exigent seuls un supplément d'explications.

§ **1030**. A. Les questions de compétence se vident, en matière commerciale, au moyen de l'exception d'incompétence ou de la demande en règlement de juges[1]; celles de litispendance ou de connexité, au moyen des exceptions afférentes à ces deux cas ou du règlement de juges[2]. Si l'incompétence est *ratione personæ*, le défendeur doit en exciper *in limine litis;* si elle est *ratione materiæ*, l'exception peut être opposée par les deux parties en tout état de cause, et le tribunal doit, au besoin, l'appliquer d'office[3]. S'il y a litispendance ou connexité, l'exception doit être opposée *in limine litis*[4], et

dière, *op. et loc. cit.;* Camberlin, *op. et loc. cit.*). L'assignation en déclaration de jugement commun est-elle admise en matière commerciale? Aucun arrêt ne paraît avoir été rendu sur ce point, mais il n'y a pas de raison pour exclure en matière commerciale une procédure qui offre, au point de vue pratique, de si grands avantages (Voy. *suprà*, § **958**; aj., sur l'appel en garantie en matière commerciale, *infrà*, § **1035**).

§ **1030**. [1] Formée en vertu de l'ordonnance d'août 1737 (Tit. II, art. 19 et 20; voy. t. II, § **732**).

[2] L'article 363 ne parle que du règlement de juges entre deux tribunaux de première instance, deux juges de paix, ou un tribunal de première instance et un juge de paix; mais cette procédure doit être admise, par identité de motifs, en cas de conflit entre deux tribunaux de commerce, ou entre un tribunal de commerce et un tribunal de première instance (Bioche, *op. cit.*, v° *Règlement de juges*, n°s 4, 5 et 55; Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1321; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 339; Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 373; req. 23 déc. 1807, D. A. v° *Règlement de juges*, n° 37; req. 9 janv. 1821, D. A. *v° cit.*, n° 24). Le tribunal de commerce de la Seine a cependant jugé, mais sans raison suffisante, qu'il n'y a pas lieu à règlement de juges en cas de connexité entre deux demandes portées l'une devant un tribunal de commerce, l'autre devant un tribunal de première instance (30 déc. 1833, D. A. *v° cit.*, n° 38; *contrà*, Paris, 23 oct. 1812, D. A. *v° et loc. cit.*). Si le conflit s'élevait entre un tribunal de commerce et une cour d'appel ou un juge de paix, il serait réglé comme si c'était un tribunal de première instance et un juge de paix qui fûssent en présence (Voy., sur la possibilité d'un conflit de compétence entre un juge de paix et un tribunal de commerce, t. II, § **440**).

[3] Voy. t. II, § **405**. Couvre-t-on l'incompétence *ratione personæ* en soulevant devant un tribunal de commerce des incidents qui devraient être renvoyés devant le tribunal de première instance? Voy. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1519 *bis;* et, sur les incidents de cette espèce, le § précédent.

[4] Cela résulte de l'article 424, qui, après avoir dit que le déclinatoire d'incompétence *ratione materiæ* peut être opposé en tout état de cause et, au besoin, d'office, ajoute : « Le déclinatoire pour toute autre cause ne peut être proposé « que préalablement à toute autre défense. » *Pour toute autre cause*, c'est-à-dire pour litispendance ou connexité, aussi bien que pour incompétence *ratione personæ* (Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 651, Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 13; Bonnier, *op. cit.*, n° 946; voy. cep. Carré, *op. cit.*, t. III, n° CCCI, Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*). On a vu t. I, §§ **735** et **745**, que la juris-

la demande en règlement de juges est portée à la cour d'appel ou à la cour de cassation, suivant que les deux tribunaux de commerce ou le tribunal de commerce et le tribunal de première instance en conflit appartiennent ou n'appartiennent pas au même ressort de cour d'appel[5]. Ces règles ne sont que l'application du droit commun[6], mais la manière de juger les exceptions d'incompétence, de litispendance et de connexité s'écarte sensiblement des dispositions de l'article 172.

§ **1031**. Le tribunal de commerce n'est pas forcé, comme le tribunal de première instance, d'attendre, pour juger le fond, que sa compétence soit définitivement reconnue; il peut, « en rejetant le déclinatoire, statuer sur le fond, mais par « deux dispositions distinctes, l'une sur la compétence, l'autre « sur le fond », sans préjudice du droit qu'a la partie qui a succombé dans son déclinatoire d'appeler du chef du jugement qui l'a rejeté, quand même ce jugement prononcerait sur le fond en dernier ressort[1]. C'est une exception considérable aux principes généraux, et même une assez grave infraction aux droits de la défense : une partie se trouve ainsi forcée de plaider au fond devant un tribunal qu'elle n'accepte pas pour juge, et qu'une décision souveraine n'a pas encore déclaré compétent; ce tribunal lui refuse en quelque sorte justice en jugeant le fond malgré elle, alors que sa compétence est encore en question[2]. Il ne fallait rien moins que la célérité, toujours utile et quelquefois nécessaire en matière commerciale, pour justifier une disposition aussi exceptionnelle[3] : elle est, d'ailleurs, très ancienne, car

prudence ne regarde pas cette disposition comme exceptionnelle, et admet, même en matière civile, que les exceptions de litispendance et de connexité doivent, à peine de déchéance, être opposées *in limine litis*.

[5] Art. 424. Req. 4 janv. 1875 (D. P. 75. 1. 61). Req. 20 janv. 1897 (D. P. 97. 1. 69). C'est la règle de compétence posée par l'article 363 pour le cas de conflit entre deux tribunaux de première instance (Voy. t. II, § **740**); il n'y a pas de motif pour y déroger dans l'espèce. On se conformera aussi au droit commun si les deux juridictions en présence sont un tribunal de commerce et une cour d'appel ou un juge de paix (Voy. t. II, *ib.*, et *suprà*, note 2).

[6] Voy. notamment *suprà*, note 4.

§ **1031**. [1] Art. 425.

[2] Comp., sur ce point, les explications données t. II, § **746**, pour justifier la décision opposée de l'article 172.

[3] Voy., sur les motifs de l'article 425, Périn, *op. cit.* (Dans Locré, *op. cit.*,

elle existait dans les foires de Champagne et de Brie en vertu de lettres patentes du 6 août 1349[4].

§ **1032**. Il ne faut cependant pas croire que tout ce que l'article 172 interdit aux tribunaux de première instance, l'article 425 le permette aux tribunaux de commerce. 1° Un tribunal dont la compétence est contestée ne peut, avant de s'être déclaré compétent[1], passer outre, c'est-à-dire rendre un jugement d'avant faire droit qui préjugerait le fond[2], ou ordonner un moyen de preuve qui porterait à la fois sur le déclinatoire et sur le fond[3] : ce serait exercer la juridiction contestée avant même d'avoir proclamé qu'elle

t. XXI, p. 665); Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 652. Aj., sur ce point et sur l'application de cet article, Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. I, nos 440 et suiv. Bourbeau explique cet article un peu différemment (*Op. cit.*, t. VI, p. 256). Il le rattache par le raisonnement suivant aux articles 439 et 450 combinés : les jugements rendus en premier ressort par les tribunaux de commerce sont exécutoires par provision nonobstant appel (Art. 439); or les jugements en premier ressort exécutoires par provision peuvent être exécutés immédiatement après leur signification (Art. 450); la partie dont le déclinatoire a été rejeté peut donc être tenue de conclure immédiatement au fond, à peine d'être jugée par défaut. Cette explication est insuffisante : 1° le sens de l'article 439 n'est pas certain, et il n'est pas démontré que les jugements en premier ressort des tribunaux de commerce soient exécutoires de plein droit par provision (Voy., sur ce point, le tome VI); 2° s'ils l'étaient, ce ne serait qu'à charge, par celui qui les exécute, de fournir caution (Voy. *infrà*, *ib.*), et l'application de l'article 425 n'est certainement pas subordonnée à cette condition; 3° la combinaison des articles 439 et 450 explique bien pourquoi, le tribunal ayant rejeté le déclinatoire, la partie qui l'avait présenté est tenue, à peine de défaut, de conclure immédiatement sur le fond: mais cette argumentation ne justifie pas le droit exorbitant qu'a le tribunal de commerce : 1) d'obliger la partie qui oppose le déclinatoire à conclure immédiatement au fond, alors que la question de compétence n'est pas encore vidée; 2) de rendre, faute de conclusions au fond, un seul jugement contradictoire sur la compétence et par défaut sur le fond. Les explications qui vont suivre rendront cette réfutation plus claire.

[4] (Art. 29; *Ordonnances des rois de France*, t. II, p. 312). Elle se retrouve dans la déclaration du 28 avril 1565 (Art. 2; Isambert, *op. cit.*, t. XIV, p. 181) et dans l'ordonnance d'août 1673 (Tit. XII, art. 13).

§ **1032**. [1] Bioche, *op. cit.*, v° *Tribunal de commerce*, n° 85. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1520 *bis*. Camberlin, *op. cit.*, p. 254. Civ. cass. 27 mars 1849 (D. P. 49. 1. 123).

[2] Nîmes, 22 mai 1855 (D. 55. 5. 199). On appelle ces jugements interlocutoires (Voy. *infrà*, § **1044**). Le tribunal de commerce pourrait-il, avant de statuer sur sa compétence, renvoyer devant les arbitres-rapporteurs dont il sera parlé au § **1041**? Voy., pour l'affirmative, Camberlin, *op. et loc. cit.*; pour la négative, Paris, 26 janv. 1839 (D. A. v° *Exceptions*, n° 242).

[3] Civ. rej. 10 juill. 1837 (D. A. v° *Compétence civile des tribunaux d'arrondissement*, n° 119). Toulouse, 2 juill. 1839 (D. A. v° *Compétence commerciale*, n° 38).

existe[4]. Cela n'est permis que dans le cas où le jugement du déclinatoire est subordonné à celui du fond, le tribunal ne pouvant statuer sur sa compétence sans apprécier les conventions dont l'exécution est poursuivie devant lui : si, par exemple, le défendeur, assigné en exécution d'un marché devant le tribunal du ressort où le demandeur soutient que la promesse a été faite et la marchandise livrée, décline la compétence de ce tribunal en prétendant que le marché n'a pas été conclu, ou que la marchandise n'a pas été livrée dans son ressort[5]. 2° Le tribunal de commerce qui statue sur sa compétence n'a pas le droit de juger en même temps, sur le fond, des parties qui n'y auraient pas conclu, ou qui n'auraient pas été invitées à y conclure : on ne doit pas les surprendre ainsi par un jugement auquel elles n'avaient pas sujet de s'attendre, et l'on peut encore moins, si l'une d'elles a conclu sans que l'autre y ait été conviée, ajouter au danger de cette surprise les conditions fâcheuses d'un débat inégal[6].

§ **1033**. Ce que l'article 425 autorise, à la différence de l'article 172, le voici. 1° Le tribunal peut ordonner au défendeur de conclure à toutes fins, c'est-à-dire sur l'incompétence et sur le fond[1], puis rejeter le déclinatoire d'incompétence et statuer sur le fond par un seul jugement, pourvu que ce soit par des dispositions distinctes[2]. La disposition relative

[4] Il en serait de même, à plus forte raison, si le tribunal de commerce, tout en se déclarant incompétent, condamnait le défendeur aux dépens de la demande principale : il exercerait la juridiction contestée au moment même où il déclare qu'elle ne lui appartient pas (Bourges, 18 juin 1841 ; D. A. *v° et loc. cit.*).

[5] Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 161 et 257. Voy., sur la compétence du tribunal de commerce dans le ressort duquel la promesse a été faite et la marchandise livrée, t. II, § **484** ; et, sur une espèce analogue, req. 19 févr. 1862 (D. P. 62. 1. 234).

[6] Les auteurs ne se prononcent pas explicitement sur ce point, qui me paraît cependant hors de doute (Comp. Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1519 ; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*).

§ **1033**. [1] Req. 30 mai 1820 (D. A. v° *Exceptions*, n° 241). Cet ordre que le tribunal donne aux parties est, si l'on veut, un jugement (Voy., sur la notion générale des jugements, *infrà*, §§ **1042** et **1048**), mais ce n'est pas un jugement qui préjuge le fond, et, par conséquent, le tribunal peut l'émettre sans contrevenir à la règle qui lui défend de juger la cause avant d'avoir statué sur sa compétence (Voy. *suprà*, même §).

[2] Civ. cass. 18 mai 1822 (D. A. *v° cit.*, n° 232). Ces deux dispositions distinctes

à la compétence sera toujours susceptible d'appel, quand même la disposition relative au fond serait en dernier ressort[3]; la disposition relative au fond sera même par défaut, si le défendeur n'a pas obtempéré à l'ordre qu'il a reçu d'y conclure[4]. Je reviendrai plus tard sur ces deux points[5]. 2° Le tribunal peut, en même temps qu'il statue sur l'incompétence, ordonner au défendeur de conclure sur le fond à une autre audience[6] : on pourra exécuter ce premier jugement avant huit jours en concluant sur le fond[7], mais il faudra, du moins, le signifier, et la mise en demeure de plaider ne résultera pas du jugement lui-même mais de sa signification[8] : c'est le droit commun — et il n'y a pas de raisons pour y déroger dans l'espèce — qu'un jugement ne soit exécutoire qu'après avoir été signifié[9]. Le tribunal aura donc soin d'indiquer, pour conclure au fond, une audience assez éloignée pour que le jugement puisse être levé et signifié[10]; mais il va sans dire que cette signification n'est pas une formalité d'ordre public, et que les parties concluront valablement au fond si elles ont renoncé d'un commun accord à en exiger l'une de l'autre l'accomplissement[11]. Ce pouvoir que l'article 425 confère au tribunal de commerce, de juger le fond d'une affaire où sa compétence est contestée et n'est pas encore définitivement reconnue, dicte la conduite des parties qui opposent le déclinatoire. 1° Elles peuvent, dès le principe, faire spontanément ce que le tri-

sont de toute nécessité, par la raison que l'une est toujours susceptible d'appel, quand même l'autre serait en dernier ressort (Voy. *infrà*, même §).

[3] L'article 425 le dit expressément, mais cela résultait déjà du principe que les décisions rendues sur la compétence sont toujours susceptibles d'appel (Voy. t. II, § **746**, et le tome VI).

[4] Bruxelles, 26 juill. 1827 (D. A. *v° cit.*, n° 241). Rennes, 20 mars 1879 (D. P. 81. 2. 175).

[5] Voy. le tome VI.

[6] Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 257 et suiv.

[7] *Nec. obst.* art. 450. La règle posée par cet article, que l'exécution des jugements en premier ressort est suspendue pendant les huit premiers jours qui suivent le jugement, ne s'applique pas aux jugements exécutoires par provision; or les jugements des tribunaux de commerce sont tous susceptibles d'exécution provisoire (Voy. le tome VI; comp. *suprà*, § **1031**, note 3).

[8] Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 260.

[9] Voy., sur la règle « *Paria sunt non esse et non significari* », t. II, § **583**; et, sur son application aux jugements, *infrà*, §§ **1189** et suiv.

[10] Bourbeau, *op. et loc. cit.*, note 2.

[11] Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 261.

bunal a le droit de leur prescrire, conclure à toutes fins ou principalement sur la compétence et subsidiairement sur le fond; elles ne renoncent pas ainsi à leur déclinatoire, et ne se rendent pas non-recevables à le soutenir[12]. 2° Elles ont le droit d'appeler après avoir conclu au fond, même sans réserves : elles le pourraient sans nul doute, s'il s'agissait de l'exception d'incompétence *ratione materiæ* à laquelle il n'est pas permis de renoncer[13]; elles le peuvent encore, suivant moi, en cas d'incompétence *ratione personæ*, car on ne saurait voir un acquiescement dans ces conclusions prises sur l'ordre du tribunal et pour éviter un jugement par défaut[14].

§ **1034**. B. La mort du débiteur n'a pas, dans la procédure commerciale, l'importance que l'article **426** paraît y attacher, en disant que « les veuves et héritiers des justiciables « du tribunal de commerce y seront assignés en reprise ou « par action nouvelle ». Si les mots *par action nouvelle* signifient — et quel autre sens pourraient-ils avoir[1]? — que la veuve et l'héritier du débiteur commerçant décédé avant l'assignation sont justiciables comme lui du tribunal de commerce, c'était inutile à dire, car aujourd'hui que la compétence commerciale est réelle, et ne tient pas à la qualité des parties mais à la nature de l'acte litigieux[2], peu importe, à

[12] Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1518. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 260. Civ. rej. 4 déc. 1871 (D. P. 72. 1. 121).

[13] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 81. Carré, *op. et loc. cit.* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 13. Bonnier, *op. et loc. cit.* Voy., sur l'impossibilité de renoncer à l'exception d'incompétence *ratione materiæ*, t. II, § **402**.

[14] Poitiers, 20 mai et 9 juin 1820, et 9 févr. 1838 (D. A. v° *Acquiescement*, n° 630). Cette question est très controversée : on soutient, dans une seconde opinion, que ces conclusions emportent acquiescement, à moins qu'elles ne contiennent des réserves expresses (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 82; Carré, *op. et loc. cit.*; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; req. 3 nov. 1807, Rennes, 22 août 1810, D. A. v° *cit.*, n° 633, Lyon, 3 avr. 1819, Metz, 13 mars 1840, D. A. v° *cit.*, n° 631 ; et même, dans une troisième, que ces réserves sont inutiles, et que les conclusions au fond rendent nécessairement l'appel irrecevable (Bourbeau, *op. et loc. cit.*; civ. cass. 18 mai 1811, D. A. v° *Compétence commerciale*, n° 350; Bruxelles, 27 nov. 1823, D. A. v° *Acquiescement*, n° 632). L'arrêt de la cour de Douai, du 26 décembre 1876 (D. P. 78. 2. 46), ne se prononce pas nettement sur cette question.

§ **1034**. [1] Voy. Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1523; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*

[2] Voy., sur ce point, t. II, § **435**.

ce point de vue, que le débiteur soit mort, laissant une veuve ou un héritier qui ne font pas le commerce[3]. Il sert encore moins d'avertir que la veuve ou l'héritier du débiteur décédé au cours d'une instance commerciale y seront assignés en reprise, car, la compétence commerciale eût-elle un caractère réel, la demande en justice l'aurait fixée, et le décès du défendeur n'aurait pu la changer[4]. Enfin, inutile dans ce qu'il dit, l'article 426 est inexact par ce qu'il ne dit pas, car les principes de la reprise d'instance sont les mêmes en matière civile et en matière commerciale, et le décès du demandeur, aussi bien que celui du défendeur, amène dans tous les cas une reprise d'instance volontaire ou forcée[5]. Il y a seulement, sous ce rapport, des différences inévitables : 1° entre la procédure civile où les parties sont forcément et spécialement représentées, et la procédure commerciale où elles comparaissent en personne ou par un mandataire purement privé[6]; 2° entre les tribunaux de première instance auxquels s'applique pleinement la règle que le juge de l'action est juge de l'exception, et les tribunaux de commerce qui ne connaissent pas de tous les incidents soulevés devant eux[7]. Ces différences sont au nombre de cinq[8].

1° Les cas d'interruption de l'instance ne sont pas absolument les mêmes en matière civile et en matière commerciale. Au civil, l'instance est interrompue par le décès d'une partie ou par la cessation des fonctions de son avoué[9]. Cette der-

[3] Req. 2 prair. an XII (D. A. v° *Compétence commerciale*, n° 323). Bruxelles, 27 juin 1809 (D. A. *v° cit.*, n° 324). Paris, 16 mars 1812 (D. A. *v° cit.*, n° 327). Req. 3 mars 1813 (D. A. *v° cit.*, n° 325). Liège, 11 avr. 1821 (D. A. *v° cit.*, n° 328). Bordeaux, 18 juin 1835 (D. A. *v° cit.*, n° 326). Aj. t. II, § **435**, note 4.

[4] Voy., sur ce point, t. II, § **399** et **662**.

[5] Voy. *suprà*, § **893**. En supposant, comme en matière civile : 1° que le décès d'une partie a été notifié à son adversaire de la manière indiquée dans la suite de ce §; 2° qu'il se produit avant les conclusions au fond qui mettent la cause en état (Paris, 28 juin 1894; D. P. 95. 2. 523; comp. *suprà*, §§ **893** et **894**).

[6] Voy., sur cette différence, *suprà*, §§ **1022** et suiv.

[7] Voy., sur cette distinction, t. II, §§ **441** et suiv.

[8] Il y en aurait une sixième, si l'on admettait, contre mon opinion, que la reprise d'instance forcée suppose nécessairement, dans l'espèce, deux jugements distincts, l'un qui déclare l'instance reprise, l'autre qui statue au fond (Voy., sur cette question, en matière civile, *suprà*, § **896**). Cette complication ne saurait être admise dans la procédure commerciale; l'esprit de cette procédure y répugne absolument (Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 287; voy., sur le caractère général de cette procédure, *suprà*, § **1015**).

[9] Voy. *suprà*, § **893**.

nière cause d'interruption n'existe pas devant le tribunal de commerce, soit que la partie ait comparu en personne, auquel cas sa mort seule peut influer sur la marche du procès, soit qu'elle ait pris un représentant, auquel cas on appliquera l'article 2010 du Code civil : « En cas de mort du mandataire, « ses héritiers doivent en donner avis au mandant, et pour- « voir, en attendant, à ce que les circonstances exigent dans « l'intérêt de celui-ci »[10]. Dans l'espèce, ils demanderont immédiatement une remise, et, si le tribunal la refuse, ils suivront l'affaire jusqu'à ce que le mandant puisse comparaître ou choisir un autre représentant[11].

2° Le décès d'une partie n'interrompt l'instance civile qu'à dater de la notification faite par l'avoué qui représentait officiellement le défunt, à celui qui représente officiellement la partie adverse[12]. Personne n'a qualité, en matière de commerce, pour faire ou recevoir pareille signification; aussi l'instance est-elle interrompue dès que le mandataire a connu, n'importe comment, le décès de son mandant. S'il l'ignore, tout ce qu'il fait dans cette ignorance est valable en vertu de l'article 2008 du Code civil[13]; s'il le sait, qu'il agisse quand même, et que l'autre partie l'ignore, le jugement qu'elle prend est valable, car elle ne doit pas souffrir d'un fait qu'elle n'avait personnellement aucun moyen de connaître, et dont le mandataire du défunt a eu le tort de ne point l'avertir. Toutefois, ce jugement sera par défaut, les héritiers du mandant pouvant dire que le mandat a pris fin par la mort de leur auteur, que le mandataire en a eu connaissance, et que, par suite, il ne les a pas représentés[14].

3° Le décès d'une partie n'interrompt l'instance, en matière civile, que s'il est antérieur aux conclusions au fond qui mettent l'affaire en état[15]. Cette règle, déjà critiquable

[10] Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 286. L'instance commerciale n'est pas non plus interrompue par le décès de la personne chez qui la partie a élu domicile conformément à l'article 422 (Voy. *suprà*, § **1027**).

[11] Bourbeau, *op. et loc. cit.*

[12] Voy. *suprà*, § **894**.

[13] « Si le mandataire ignore la mort du mandant ou les autres causes qui « font cesser le mandat, ce qu'il fait dans cette ignorance est valide ».

[14] C. civ., art. 2003 et 2008. Voy., sur ces divers points, Bourbeau, *op. et loc. cit.*

[15] Voy., t. II, § **683**, et *suprà*, § **897**.

en matière civile — on a vu au § **684** qu'elle expose les héritiers à être jugés, sans avoir pu s'entendre avec leur avocat et lui fournir des renseignements peut-être indispensables — ne se comprendrait même pas en matière commerciale, car qui défendrait les héritiers d'une partie décédée qui n'avait pas d'avoué, qui n'avait peut-être pas donné à personne mandat de le représenter, et dont le mandataire, s'il en existe un, a vu ses pouvoirs prendre fin par la mort de son mandant? Ce n'est donc pas seulement jusqu'aux conclusions, c'est jusqu'au délibéré et tant que le rôle des parties n'est pas fini, que la mort de l'une d'elles interrompt les instances engagées devant les tribunaux de commerce[16].

4° L'instance interrompue se reprend, au civil, par un acte d'avoué à avoué, et, faute de reprise volontaire, la demande en reprise s'introduit dans la même forme[17]. Ces actes sont remplacés, en matière commerciale, par des significations à partie[18].

5° Si les qualités sont contestées dans le sens indiqué au § **445**, le tribunal de commerce n'en est pas juge, et renvoie cette difficulté au tribunal de première instance[19]. Si pareille difficulté s'élevait en matière civile, le tribunal de première instance en connaîtrait en sa qualité de juge de droit commun[20].

§ **1035**. C. La garantie est fréquente en matière commerciale, soit qu'il s'agisse de vente, de transport ou d'assurance, soit que le porteur d'un effet de commerce protesté faute de paiement recoure contre son endosseur qui, à son tour, poursuit le sien, et ainsi de suite en remontant jusqu'au tireur s'il s'agit d'une lettre de change, jusqu'au preneur s'il s'agit d'un billet à ordre[1]. Néanmoins, on décide communément que l'exception de garantie n'a pas lieu, c'est-à-dire que le garanti ne peut demander qu'il soit sursis à la demande

[16] Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1524 *bis*.
[17] Voy. *suprà*, §§ **895** et **896**.
[18] Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*
[19] Voy. t. II, §§ **412** et **445**.
[20] Voy. t. II, § **414**.

§ **1035**. [1] C. comm., art. 99, 167 et 187. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. I, nos 450 et 453. Voy., sur la notion générale de la garantie, *suprà*, § **939**.

principale jusqu'à ce qu'il ait eu le temps d'assigner son garant, et celui-ci le temps de comparaître[2] : on invoque, en ce sens, les articles 157 et 164 du Code de commerce en matière de lettres de change, et l'article 187 du même Code qui les déclare applicables aux billets à ordre. L'article 157 est peu probant, car, en défendant aux tribunaux d'accorder aucun délai pour le paiement des lettres de change, il n'a d'autre but que d'exclure en pareille matière les délais de grâce qui seront expliqués au tome IV de ce Traité, et que les juges peuvent accorder, de droit commun, « en considération de la po-« sition du débiteur, et en usant de ce pouvoir avec une « grande réserve »[3]. L'article 164, qui autorise le porteur à recourir « ou individuellement contre le tireur ou chacun « des endosseurs, ou collectivement contre les endosseurs et « le tireur »[4], est plus probant, car, si le porteur préfère l'action individuelle à l'action collective, c'est sans doute pour avoir plus prompte justice, et l'exception dilatoire de garantie détruirait tout l'avantage de cette procédure qui doit être exceptionnellement rapide, le crédit des effets de commerce tenant en grande partie à la facilité qu'on a d'en recouvrer le montant[5]. Toutefois, c'est l'exception qui est interdite, et non la mise en cause : si donc le garant est présent dans l'instance, il est permis de prendre contre lui des conclusions à fin de garantie[6]; et, dans tous les cas, l'assignation qui lui est donnée produit un double effet : 1° il est tenu de comparaître devant le tribunal saisi de la demande principale, qui fera droit à son égard dès que son affaire sera en état d'être jugée[7]; 2° il ne peut opposer, par application de l'article 2031 du Code civil, un moyen de défense tiré de ce que le garanti aurait pu faire rejeter la demande principale sur laquelle il a été condamné[8].

[2] Voy., sur le délai pour appeler garant, et sur le sursis qui en résulte en matière civile, *suprà*, §§ 943 et suiv.

[3] C. civ., art. 1244; comp. C. pr. civ., art. 122.

[4] « La même faculté existe pour chacun des endosseurs, à l'égard du tireur « et des endosseurs qui le précèdent » (Même art. 164; aj., sur la solidarité des diverses personnes qui sont tenues au paiement d'une lettre de change, C. comm., art. 140).

[5] Bourbeau, *op. cit.*, p. 263 et suiv. Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 14.

[6] Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 269.

[7] Comp., sur une situation analogue dans la procédure civile, *suprà*, § 948.

[8] Voy., sur l'article 2031 du Code civil, *suprà*, § 942, note 4.

§ **1036**. D. J'ai déjà posé aux §§ **721** et **826** le principe général qui domine la théorie des preuves en matière commerciale : tous les modes de preuve y sont admis[1], non-seulement pour les actes de commerce, mais encore pour les faits de toute nature qui peuvent être allégués dans un procès commercial, soit devant le tribunal saisi de la demande, soit devant une autre juridiction qui a reçu de lui commission rogatoire[2]. J'ajoute ici : 1° que le serment décisoire[3] et l'aveu judiciaire font foi en matière commerciale aussi bien qu'en matière civile[4]; 2° que l'aveu judiciaire peut être provoqué : *a*) dans la comparution personnelle des parties ou de l'une d'elles, si le tribunal a cru devoir l'ordonner[5]; *b*) dans l'interrogatoire sur faits et articles, dont les formalités ne sont peut-être pas très compatibles avec la rapidité de la procédure commerciale[6], mais que les juges de commerce ont cependant le droit d'ordonner s'ils y voient quelque avantage[7]; 3° que la preuve écrite peut donner lieu : *a*) à l'exception de commu-

§ **1036**. [1] Les juges consulaires sont cependant obligés, comme tous les autres magistrats, de ne tenir pour légalement établis que les faits régulièrement prouvés (Riom, 3 nov. 1809, D. A. v° *Enquête*, n° 63; civ. cass. 29 avr. 1874, D. P. 74. 1. 240; civ. cass. 25 janv. 1881, D. P. 81. 1. 111; civ. rej. 3 janv. 1894, D. P. 94. 1. 103; S. 98. 1. 127; voy., sur cette règle générale, *suprà*, § **926**).

[2] Les tribunaux de commerce ont, aussi bien que ceux de première instance, le droit de donner des commissions rogatoires : l'article 1035 (Voy. t. II, § **543**) est une disposition générale, et l'article 428 en fait l'application à la comparution personnelle des parties (Voy. *infrà*, même §; comp., sur ce point, Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 18, Bruxelles, 15 janv. 1871, D. A. v° *Enquête*, n° 597).

[3] Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 307. Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 17.

[4] A vrai dire, ils dispensent de prouver plutôt qu'ils ne prouvent (Voy., sur ce point, t. II, §§ **693** et suiv.).

[5] Il jouit, à cet égard, comme le tribunal de première instance (Voy. t. II, § **794**), d'un pouvoir discrétionnaire. Cette comparution a lieu, comme en matière civile (Voy., t. II, *ib.*), devant le tribunal tout entier, devant un juge-commissaire, ou devant un juge de paix muni, à cet effet, d'une commission rogatoire (Voy., *suprà*, note 2), Le juge-commissaire, chargé d'entendre les parties, d'en dresser procès-verbal, et d'en faire son rapport à l'audience, ne doit pas donner son avis sur la solution du procès; mais cette irrégularité ne serait pas de nature à entraîner la nullité du jugement, attendu qu'aucun texte ne la prononce (Civ. cass. 20 mai 1885 : D. P. 86. 1. 65).

[6] Voy., sur les formes de l'interrogatoire sur faits et articles, et sur les avantages de la comparution personnelle, t. II, §§ **789**, **793** et **794**.

[7] Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1227. Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 17. Bonnier, *op. cit.*, n° 949. Civ. rej. 12 déc. 1827 (D. A. v° *Commerçant*, n° 264). Rouen, 18 mars 1828 (D. A. v° *Interrogatoire sur faits et articles*, n° 497). Nîmes, 4 mai 1829 (D. A. v° *cit.*, n° 29). La cour de Douai a jugé, le 8 mai 1877, que les tiers ne peuvent être interrogés sur faits et articles en matière commerciale (D. P. 79. 2. 213) : c'est l'application du principe général posé t. II, § **787**.

nication de pièces, si le tribunal croit devoir donner un délai aux parties ou à l'une d'elles pour apporter devant lui les pièces qu'elles ont entre les mains[8]; *b*) à l'inscription de faux ou à la vérification d'écriture, si l'on produit devant le tribunal de commerce un acte authentique argué de faux, ou un acte sous seing privé dont l'écriture est déniée ou, du moins, non reconnue[9]; 4° que l'aveu extrajudiciaire a la même force en matière commerciale qu'en matière civile[10]; 5° que le serment supplétoire et l'examen personnel du juge y ont lieu dans les conditions ordinaires[11]; 6° que l'enquête et l'expertise y sont notablement simplifiées.

§ **1037**. *a*. L'enquête, d'autant plus fréquente en matière commerciale que la preuve testimoniale y est de droit commun[1], s'y fait à peu près dans les mêmes formes qu'en matière civile sommaire[2]. Le jugement qui l'ordonne doit énoncer, à peine de nullité, les faits sur lesquels elle devra porter[3]; mais il n'est pas défendu d'en articuler d'autres, sur lesquels les témoins seront également interrogés[4]. La fixation du jour où ils seront entendus peut être aussi l'objet d'un jugement postérieur à celui qui a prescrit l'enquête[5], et cette fixation, qui n'est pas définitive, peut être modifiée à la demande d'une partie, ou même d'office[6]. L'enquête a lieu, à peine de nullité,

[8] Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 14. Grenoble, 3 déc. 1892 (D. P. 93. 2. 574; S. 94. 2. 101). Et aussi à la représentation et à la communication des livres de commerce (Voy. t. II, § **702**).

[9] Je rappelle que le tribunal de commerce n'est pas juge de ces deux incidents (Voy. *suprà*, § **1029**).

[10] Voy. t. II, § **720**.

[11] Voy., pour le serment supplétoire, Bourbeau, *op. et loc. cit.*, Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 17; et, pour l'examen personnel du juge, Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 16, et les arrêts rapportés *infrà*, § **1038**, note 1.

§ **1037**. [1] Voy. *suprà*, § **826**.

[2] Voy., sur le caractère de l'enquête commerciale, Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1540, Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*, Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 15, Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. III, n° 81, Rennes, 30 août 1817 (D. A. *v° cit.*, n° 25), c. cass. de Belgique, 5 avr. 1892 (D. P. 94. 2. 245; S. 92. 4. 21); et, sur l'enquête civile sommaire, *suprà*, §§ **966** et suiv.

[3] Orléans, 23 nov. 1881 (D. P. 82. 2. 241).

[4] Bioche, *op. cit.*, v° *Enquête*, n°s 561 et 588.

[5] Rennes, 11 juill. 1870 (D. P. 72. 2. 205).

[6] Req. 9 mars 1819 (D. A. *v° cit.*, n° 639). Civ. rej. 23 juill. 1860 (D. P. 60. 1. 332).

devant le tribunal tout entier[7], mais les parties peuvent consentir à ce que les témoins ne soient pas entendus séparément[8]. Les reproches sont proposés séance tenante, et le tribunal peut y statuer par prétérition[9], c'est-à-dire les rejeter tacitement par cela seul qu'il ne les admet pas[10], ou ordonner, en les admettant, que les témoins reprochés ne seront pas entendus[11]. La rédaction d'un procès-verbal n'est obligatoire que dans les cas où le tribunal statue en premier ressort[12]. Ce procès-verbal reproduit, à peine de nullité : 1° les noms, les prénoms et le serment des témoins; 2° le sens général de leurs dépositions, si le jugement est en dernier ressort; 3° s'il est susceptible d'appel, le résultat de chacune d'elles, avec la signature du témoin qui l'a faite ou la mention qu'il n'a pu ou voulu signer[13]. Cette signature ou la mention qui la remplace sont les seuls points par où l'enquête commerciale diffère de l'enquête civile sommaire, et cette différence n'est pas essentielle. Il faudrait pour cela que cette formalité fût irritante; or, si la loi ne l'a point prescrite en matière civile, il est peu probable qu'elle y ait attaché la peine de nullité en matière commerciale[14]. D'ailleurs, l'enquête nulle peut toujours être recommencée[15].

§ **1038**. *b*. L'article 429 : « S'il y a lieu à visite ou estimation d'ouvrages ou marchandises, il sera nommé un ou « trois experts », n'est pas une disposition limitative. Les

[7] Bordeaux, 19 août 1811 et 31 mai 1830 (D. A. *v° cit.*, n° 21). *Contrà*, Bruxelles, 5 juill. 1817 (D. A. *v° cit.*, n° 596).

[8] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 569. Bruxelles, 24 juill. 1818 (D. A. *v° cit.*, n° 632).

[9] Comp. *suprà*, § **846**.

[10] Civ. rej. 3 juill. 1820 (D. A. *v° cit.*, n° 19).

[11] Civ. cass. 13 août 1832 (D. A. *v° cit.*, n° 618). La mention des déclarations relatives à leur âge et à leur qualité de parents, alliés, maîtres ou serviteurs des parties, n'est pas requise à peine de nullité (Chambéry, 5 mars 1880; D. P. 80. 2. 248).

[12] Toulouse, 17 janv. 1882 (D. P. 84. 2. 160). Civ. rej. 31 mars 1884 (D. P. 85. 1. 160). Dijon, 6 févr. 1893 (D. P. 93. 2. 184).

[13] Voy., sur l'application de cette règle qui existe également en matière civile sommaire — je crois l'avoir démontré t. II, § **398**. — Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 319; Rodière, *op. et loc. cit.*; Bonnier, *op. cit.*, n° 955; Poitiers, 17 déc. 1840 (D. A. v° *Enquête*, n° 625).

[14] Metz, 13 nov. 1818; Colmar, 18 janv. 1841 (D. A. *v° cit.*, n° 623). Colmar, 19 juin 1860 (D. P. 62. 2. 27). *Contrà*, Poitiers, 17 déc. 1840, D. A. *v° cit.*, n° 625); Douai, 12 déc. 1854 (D. P. 55. 2. 84).

[15] Art. 432. Bonnier, *op. et loc. cit.* Voy., au contraire, en matière civile, *suprà*, § **850**.

tribunaux de commerce ne sont jamais tenus de nommer des experts[1], mais ils peuvent le faire en toute circonstance[2] : les traducteurs chargés de mettre en français des pièces écrites en langue étrangère ne sont que des experts[3], et les articles 295, 407 et 414 du Code de commerce ajoutent aux expertises prévues par l'article 429 celles qui ont pour but : 1° de fixer les dommages-intérêts dus pour cause d'abordage ou de retard dans l'arrivée d'un navire; 2° d'établir et de répartir les pertes causées par la nécessité, où s'est trouvé un capitaine, de jeter à la mer une partie de son chargement[4].

§ **1039**. L'expert ou les trois[1] experts choisis parmi les personnes indiquées au § **860** sont nommés à l'audience[2] par les parties ou par le tribunal[3] : dans ce dernier cas, leur nomination n'est définitive qu'après signification du

§ **1038**. [1] Rouen, 23 déc. 1837 (D. A. v° *Expert*, n° 325). Même dans le cas de l'article 295 du Code de commerce (Civ. rej. 24 oct. 1893, D. P. 94. 1. 13. S. 94. 1. 77; voy., sur cet article, *infrà*, même §).

[2] Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1534. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 310, note 2. Camberlin, *op. cit.*, p. 310.

[3] Camberlin, *op. et loc. cit.*

[4] Voy., sur les articles 295, 407 et 414 du Code de commerce, Boistel, *op. cit.*, n°s 1261, 1302 et 1305.

§ **1039**. [1] On n'en peut jamais nommer deux ni plus de trois (Besançon, 19 déc. 1812, D. A. *v° cit.*, n° 331; Rouen, 16 déc. 1826, D. A. *v° cit.*, n° 335; on a vu pourquoi t. II, § **867**); mais le tribunal peut n'en commettre qu'un sans que les parties y aient préalablement consenti (Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1515; Bourbeau, *op. cit.*; Rodière, *op. et loc. cit.*; req. 16 juin 1874, D. P. 75. 1. 165; civ. rej. 8 janv. 1890, D. P. 91. 1. 245, S. 90. 1. 436; civ. rej. 10 févr. 1891, D. P. 91. 1. 207, S. 91. 1. 260). Comp., en matière civile, t. II, § **867**.

[2] La procédure commerciale diffère en cela de la procédure en justice de paix, car on a vu au § **993** que l'article 42 ne réserve pas aux parties en instance devant le juge de paix la faculté de nommer les experts, et que, si ce magistrat a le droit d'agréer ceux qu'elles lui désignent, rien ne lui en fait une obligation. Au contraire, l'article 429 est formel : les experts ne sont nommés par le tribunal de commerce que si les parties n'en sont pas convenues à l'audience. Si l'une des parties a nommé son expert et que l'autre se soit refusée à nommer le sien, le tribunal ne peut accepter celui de la première et nommer d'office celui de la seconde : il doit les nommer d'office pour les deux parties (Bordeaux, 18 avr. 1839; D. A. *v° cit.*, n° 326).

[3] Ou par un autre tribunal en vertu d'une commission rogatoire. Le tribunal a le droit de nommer les experts d'office, par cela seul que les parties n'en ont pas choisi à l'audience (Carré, *op. et loc. cit.*; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Bourbeau, *op. et loc. cit.*; Rodière, *op. et loc. cit.*; civ. rej. 20 nov. 1854, D. P. 55. 1. 233; civ. rej. 11 août 1858, D. P. 58. 1. 366), et il n'est pas tenu de leur accorder, à cette fin, un délai de trois jours (Bordeaux, 25 janv. 1831, D. A. v° *Droit maritime*, n° 2227; *contrà*, Orléans, 28 août 1824, D. A. v° *Expert*, *loc. cit.*).

jugement qui les nomme, et sommation à eux faite par la partie la plus diligente de procéder à leurs opérations; jusque-là les parties sont encore à temps pour en choisir d'autres[4]. Elles peuvent aussi, pendant trois jours[5], récuser ceux que le tribunal a nommés et même ceux qu'elles ont choisis, mais ces derniers ne peuvent être récusés que pour des causes inconnues lors de leur désignation ou survenues postérieurement[6]. La récusation a lieu dans les mêmes cas qu'en matière civile[7]; le récusant la signifie à son adversaire par ministère d'huissier[8]. Les experts une fois nommés et le cas de récusation excepté, la partie la plus diligente les somme de commencer leurs opérations[9]; ils prêtent d'abord serment s'ils n'en ont été dispensés par les parties[10], puis ils font connaître le jour et l'heure où ils doivent procéder : l'expertise serait nulle si cette dernière formalité n'avait pas été remplie, et cette nullité ne serait couverte que si les parties s'étaient spontanément présentées[11]. Les opérations finies, le rapport qui en est dressé énonce, à peine de nullité, que les parties ont été présentes ou, du moins, appelées[12]; il est signé de la majorité des experts, et mentionne que les autres n'ont pu ou voulu signer[13]. Il est déposé au greffe ; les par-

[4] Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 309, note 1. Rodière, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. cit.*, n° 951.

[5] C'est un délai de rigueur, après lequel la récusation ne serait pas admise (Carré, *op. cit.*, t. III, n° CCCLVI; Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 315; Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 16; req. 17 mars 1814, D. A. *v° cit.*, n° 343; req. 8 mars 1898, D. P. 98. 2. 216).

[6] Comp., sur cette distinction, t. II, § **864**.

[7] Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1538. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. et loc. cit.*

[8] Carré, *op. et loc. cit.* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 316.

[9] Il dépend donc des parties de ne pas donner suite à l'expertise en ne signifiant pas le jugement qui l'ordonne (Comp., en justice de paix, *suprà*, § **993**.

[10] Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1535. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. cit.*, n° 952. Besançon, 19 déc. 1812 (D. A. *v° cit.*, n° 335). Orléans, 28 août 1824 (D. A. *v° cit.*, n° 336). Voy., sur la dispense de prêter serment, t. II, § **868**.

[11] Carré, *op. et loc. cit.* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 7 et 16. Nîmes, 3 janv. 1820; Colmar, 5 déc. 1831 (D. A. *v° cit.*, n° 335). Rouen, 21 mai 1845 (D. P. 52. 2. 197). Gand, 12 avr. 1849 (D. P. 52. 2. 31). Rennes, 2 mai 1861 (D. P. 62. 2. 66). Rouen, 18 juill. 1872 (D. P. 73. 2. 39). Voy. cep. Grenoble, 17 févr. 1893 (D. P. 93. 2. 295). Comp., en matière civile, t. II, § **870**.

[12] Rennes, 21 mai 1845 (D. P. 54. 2. 197). Comp. trib. comm. de Montereau, 3 avr. 1894 (D. P. 95. 2. 379).

[13] Voy. t. II, § **871**. Voy., sur la rédaction de ce rapport, t. II, *loc. cit.*: Rodière, *op. et loc. cit.*

ties en sont averties[14], se le font communiquer, ou même en prennent copie sur papier libre[15]; il est discuté à la plus prochaine audience[16]. Les honoraires sont taxés par le jugement[17], mais l'action en paiement, qui n'est pas nécessairement solidaire[18], n'est pas toujours portée devant le tribunal de commerce : si le défendeur n'est pas commerçant, le tribunal de première instance est seul compétent pour en connaître; si le défendeur est commerçant, il a fait acte de commerce en plaidant au sujet de son négoce, et l'expert qui n'a pas fait acte de commerce peut agir, à son choix, devant le tribunal de commerce ou devant le tribunal de première instance : j'ai donné au § **440** les raisons qui justifient ces deux propositions[19].

§ **1040**. L'article 106 du Code de commerce abrège les formes de l'expertise en cas de refus ou de contestation pour la réception des objets transportés par terre, par eau ou par voie de fer[1]. Qu'une instance judiciaire soit engagée ou non, le président du tribunal de commerce, ou le juge de paix à son défaut, nomme lui-même un ou plusieurs experts à la demande du voiturier ou du destinataire, mais l'autre partie préalablement appelée même en cas d'urgence[2]. A Paris, on ne nomme qu'un seul expert, ordinairement un commerçant notable qui ne prend pas d'honoraires : il remet son rapport à la partie intéressée qui le signifie en tête de son assignation, si elle n'a pas été déjà donnée et que l'af-

[14] Il n'est pas indispensable de leur signifier ce dépôt, mais il faut nécessairement qu'elles en soient avisées pour pouvoir discuter les conclusions du rapport (Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1539; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Rodière, *op. cit.*, t. II. p. 7 et 16; Nîmes, 3 janv. 1820, D. A. *v° et loc. cit.*).

[15] C'est ce qu'on fait pour les rapports d'arbitres (Voy. *infrà*, § **1041**, note 5), et il y a autant de raisons pour qu'il en soit de même en cas d'expertise.

[16] Voy., en matière civile, t. II, § **872**.

[17] Voy., sur ce point, les autorités citées *infrà*, § **1041**, note 5, à propos de la taxe des honoraires des arbitres.

[18] Voy., pour la démonstration, *suprà*, § **872**, notes 5 et 6.

[19] Art. 429 à 431. Il s'agit t. I, § **440**, de l'action en paiement des honoraires dus aux agréés; mais, sous ce rapport, la situation des experts est identique.

§ **1040**. [1] Voy., sur cette hypothèse, Boistel, *op. cit.*, n° 573; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. I, n° 938.

[2] Civ. cass. 1er mars 1892 (D. P. 92. 1. 235; S. 92. 1. 200). Civ. cass. 22 nov. 1892 (D. P. 93. 1. 63; S. 93. 1. 24). *Contrà*, Camberlin, *op. cit.*, p. 139.

faire ne se termine pas à l'amiable[3]. C'est, d'ailleurs, le seul cas où le président puisse agir ainsi : il en serait autrement, et le tribunal seul pourrait nommer les experts, si la contestation s'agitait entre l'expéditeur qui a vendu la marchandise et le destinataire qui l'a achetée[4].

§ **1041**. IV. Les experts proprement dits n'ont d'autre mission que de procéder à des constatations matérielles, de rapporter au tribunal ce qu'ils ont vu, et de lui donner leur avis dont il tient tel compte que de raison[1]. Tout autre est la mission des arbitres-rapporteurs ou arbitres-experts nommés « pour entendre les parties et les concilier si faire se peut, « sinon, donner leur avis »[2]. Ce mode d'instruction, dont j'ai indiqué l'origine au § **287**, est particulier aux tribunaux de commerce[3], mais peut être employé par eux non-seulement dans le cas, prévu par l'article 429, d' « examen de « comptes, pièces ou registres », mais en toute matière et dans toutes les circonstances où le tribunal juge utile de renvoyer les parties devant arbitres[4]. Les règles tracées au § précédent sur le nombre, la nomination et la récusation des experts, leur manière de procéder, leur rapport, la taxe de leurs honoraires, et les contestations auxquelles elle peut donner lieu, sont entièrement applicables aux arbitres-rapporteurs ou arbitres-experts[5], à cette différence près qu'ils

[3] Camberlin, *op. et loc. cit.*

[4] Lettre du garde des sceaux au président du tribunal de commerce de la Seine, 1er août 1862 (Camberlin, *op. cit.*, p. 140).

§ **1041**. [1] L'autorité du rapport d'experts est la même en matière civile et en matière commerciale (Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, supp., quest. 1535 *bis;* Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 311; Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 6; req. 6 déc. 1876 et 9 janv. 1877, D. P. 77. 1. 351; Dijon, 11 févr. 1881, D. P. 81. 2. 196).

[2] Art. 429.

[3] Voy., sur ce point, t. II, § **556**.

[4] Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1534. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, p. 310, note 2. Camberlin, *op. cit.*, p. 310. Req. 10 juill. 1876 (D. P. 77. 1. 217). Le tribunal de commerce de la Seine (Voy., sur la jurisprudence en cette matière, la suite de ce §) a jugé que la tension des rapports qui existent entre deux parties est un motif suffisant pour commettre un arbitre-rapporteur à l'effet de régler leurs comptes (4 juin 1896; D. P. 98. 2. 73). Il y avait même autrefois un arbitrage forcé : toute contestation entre associés et sur le fait de la société était jugée par des arbitres (C. comm., art. 51 et suiv.) : cet arbitrage a été supprimé par la loi du 17 juillet 1856 (Art. 1).

[5] L'article 429 dit qu'il sera nommé un ou trois arbitres : il interdit par-là d'en nommer deux ou plus de trois (Bioche, *op. cit.*, v° *Tribunal de commerce,*

ne sont tenus de prêter serment que lorsqu'ils procèdent à une expertise proprement dite, ainsi qu'il sera dit dans la suite de ce §[6]. Le tribunal de commerce de la Seine, qui fait de l'arbitrage un très fréquent usage, et qui renvoie devant arbitres la plupart des affaires qu'il ne juge pas à la première audience, a pris, sur ce point, des habitudes dont il ne s'écarte presque jamais : il ne nomme qu'un seul arbitre[7], et le prend d'office[8] sur une liste de personnes désignées d'avance et placées sous la surveillance du président[9], mais dont la mission

n° 99; Camberlin, *op. cit.*, p. 255); toutefois, les parties qui auraient commencé à débattre leur affaire devant plus de trois arbitres ne pourraient plus arguer de nullité le jugement qui les a nommés (Req. 3 janv. 1821; D. A. *v° cit.*, n° 341). Toutes les personnes qu'on a vu au § **862** être capables de procéder à l'expertise peuvent être choisies pour arbitres (Rodière, *op. cit.*, t: II, p. 7; Bonnier. *op. cit.*, n° 950): déjà, dans l'ancienne jurisprudence et malgré l'ordonnance d'avril 1667 qui ne parlait que d' « anciens consuls ou marchands » (Tit. XVI, art. 3), l'usage était de confier l'arbitrage à un avocat (Rodier, *op. cit.*, p. 223), et cela se fait souvent aujourd'hui (Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 7 et 16). Une autre pratique, suivie à Paris il y a quelques années, consistait à désigner pour arbitres des chambres syndicales de patrons et d'ouvriers : une lettre du garde des sceaux, du 6 janvier 1874 (Camberlin, *op. cit.*, p. 310), a recommandé au tribunal de commerce de la Seine de s'en abstenir dorénavant : 1° parce que cette désignation collective est contraire à l'article 429 qui exige une nomination individuelle: 2° parce que cette même désignation supprime, en fait, le droit de récusation dont il va être parlé ci-après. On remarquera que ces raisons ne sont aucunement tirées de ce que les chambres syndicales n'avaient pas d'existence légale à l'époque où cette lettre fut écrite; on en conclura que ces considérations ont conservé toute leur force depuis la loi du 21 mars 1884, qui confère une existence légale aux chambres syndicales de patrons et d'ouvriers. Quant au mode de nomination des arbitres, l'article 429 l'assimile entièrement à celui des experts; les parties ont donc le droit de désigner les arbitres devant lesquels elles désirent être renvoyées, mais, en fait, elles usent rarement de cette faculté. Il en est de même des règles de la récusation (Req. 17 nov. 1814, D. A. *v° cit.*, n° 144; Rennes, 4 févr. 1818, D. A. *v° cit.*, n° 343). Voy. : 1° sur la manière de procéder des arbitres, Rennes, 10 déc. 1813 (D. A. *v° cit.*, n° 345), et les arrêts rapportés *infrà*, notes 22, 23 et 26; 2° sur la rédaction et la signature de leur rapport, Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1539 *bis*, Rodière, *op. et loc. cit.*; 3° sur le droit qu'a chaque partie d'en obtenir communication, Bruxelles, 18 avr. 1816 (D. A. *v° cit.*, n° 345); 4° sur la taxe de leurs honoraires, Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 7 et 16, Camberlin, *op. cit.*, p. 312 et 313, Montpellier, 24 août 1821 (D. A. *v° cit.*, n° 346), req. 12 mars 1834 (D. A. v° *Compétence commerciale*, n° 153); 5° sur l'action qu'ils intentent pour en obtenir le paiement, civ. rej. 11 août 1813 (D. A. v° *Expert*, n° 266), Rennes, 25 janv. 1844 (D. P. 45. 2. 158): 6° sur le tribunal devant lequel elle doit être portée, t. I, § **155**; 7° sur leur responsabilité, Lyon, 16 déc. 1892 (D. P. 93. 2. 259; S. 93. 2. 286).

[6] Voy., sur ce point, le document rapporté *infrà*, note 26.

[7] Les deux tiers des affaires sont conciliées par les arbitres (Camberlin, *op. cit.*, p. 315).

[8] Sans préjudice du droit qu'ont les parties d'en nommer un autre avant que le tribunal ait fait son choix, ou même après tant que l'arbitre désigné par le tribunal n'a pas été saisi de l'affaire. Comment en est-il saisi? Voy. la suite de ce §. En fait, les parties laissent presque toujours au tribunal le choix de l'arbitre.

[9] Voy. t. I, § **287**.

n'avait jamais été considérée comme permanente avant la loi du 2 août 1868, qui les soumet à la patente si elles en font « leur profession habituelle »[10]. L'arbitre est averti de sa nomination par le greffier[11]; il ne dépose pas son rapport au greffe, mais à l'audience sous enveloppe cachetée[12]; les parties en prennent une copie sur papier libre[13]; elles peuvent le discuter à l'audience, mais, en fait, le tribunal s'en écarte rarement, et son jugement ne fait le plus souvent que donner l'autorité de la chose jugée aux conclusions de l'arbitre[14].

Le tribunal de commerce de la Seine est-il dans la lettre et dans l'esprit de la loi, en renvoyant devant arbitres un si grand nombre de contestations, et en transformant en un mode ordinaire et presque invariable d'instruction une procédure qui ne semble faite que pour certains procès : ceux dont la solution exige une aptitude particulière, et un examen minutieux auquel le tribunal n'a pas le loisir de se livrer, pressé qu'il est par le courant des affaires qui s'amassent devant lui[15]? On peut douter, pour plusieurs raisons, que cet emploi de l'arbitrage soit légitime[16]. 1° La loi qui institue des tribunaux composés de plusieurs membres, rendant gratuitement la justice, élus par leurs pairs et, par conséquent, responsables devant eux, n'a pas pu vouloir qu'ils prissent l'habitude de se substituer un mandataire unique, salarié, choisi par eux et irresponsable, et de convertir pres-

[10] État D, 4e classe. Voy., sur ce point, Camberlin, *op. cit.*, p. 314. Jusque-là une délibération du tribunal, du 4 novembre 1840, faisait défense aux personnes habituellement choisies pour arbitres d'en prendre le titre ou la qualité (Camberlin, *op. et loc. cit.*).

[11] Camberlin, *op. cit.*, p. 311.

[12] Bonnier, *op. cit.*, n° 954. Camberlin, *op. et loc. cit.*

[13] Une lettre du ministre des finances, du 19 mars 1833, a déclaré cet usage régulier au point de vue fiscal; l'administration de l'enregistrement avait émis une prétention contraire (Camberlin, *op. et loc. cit.*).

[14] Dutruc, *Dictionnaire du contentieux commercial* (Paris, 1875), v° *Arbitre-rapporteur*, n° 9. Aj., sur ces divers points, Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. I, n° 462 et suiv.

[15] Voy., sur le rôle naturel des arbitres-rapporteurs, Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1536; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 311; Pardessus, *op. cit.*, t. V, n° 1373.

[16] Voy., en ce sens, Jozon, *De la mission des arbitres nommés par les tribunaux de commerce* (dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, nouv. sér., 1876, t. V, p. 1 et suiv.). Comp. Migneret, *De la mission des arbitres de commerce, observations sur l'article de M. Jozon* (*Ib.*, p. 132 et suiv.).

que sans examen son opinion en jugement[17]. 2° Cette pratique est également contraire au principe que la juridiction ne se délègue pas[18], et au texte de l'article 429 qui indique suffisamment que le renvoi devant arbitres doit être une mesure exceptionnelle, motivée par les circonstances et par la nature de l'affaire : « S'il y a lieu, dit-il, de renvoyer les parties « devant des arbitres pour examen de comptes, pièces et re- « gistres »[19]. 3° Nommer, dans la plupart des cas, un arbitre chargé de concilier les parties, c'est rétablir en matière commerciale l'essai de conciliation que l'article 49-4° en écarte formellement, avec cette mince différence qu'au lieu d'être le préliminaire de l'instance la conciliation est tentée au cours des débats[20].

Ces objections paraîtront encore plus fortes, si l'on considère les attributions dont l'arbitre est investi dans la pratique, surtout à Paris. Il n'est pas seulement, comme le voulaient les auteurs du Code de procédure[21], un « examinateur » chargé d'étudier certains documents, de communiquer au tribunal les résultats de ses recherches et l'opinion qu'il s'est formée, et de concilier les parties sur la difficulté spéciale renvoyée à son examen. 1° Il fait des visites de lieux, constate des faits, et vérifie des travaux comme un expert, alors que l'article 429 distingue formellement les « examens de comptes, « pièces et registres » pour lesquels on nomme des arbitres, et la « visite ou estimation d'ouvrages ou marchandises » pour laquelle on commet des experts[22]. 2° Il entend les parties et les témoins, qui ne devraient être entendus que par le tribunal dans la comparution personnelle et dans l'enquête, ou par un juge-commissaire dans l'interrogatoire sur faits et articles[23]. 3° Il donne un avis sur des questions de droit,

[17] Jozon, *op. cit.*, p. 3.

[18] Voy., sur ce principe, t. I, § **543**.

[19] Jozon, *op. cit.*, p. 5.

[20] Voy., sur la dispense du préliminaire de conciliation en matière commerciale, t. II, §§ **615** et **623**.

[21] Art. 429; comp. O. avr. 1667, tit. XVI, art. 3; Périn, *Rapport au Corps législatif* (Dans Locré, *op. cit.*, t. XXI, p. 639). Jozon, *op. cit.*, p. 6.

[22] Rouen, 21 mai 1845 (D. P. 52. 2. 197).

[23] La cour de Toulouse a cependant jugé que le tribunal de commerce ne peut donner aux arbitres la mission d'entendre les témoins (16 juill. 1827; D. A. v° *Enquête*, n° 106). Les experts ne peuvent les entendre en matière civile

contrairement au principe d'après lequel le tribunal, seul juge en pareille matière, ne peut ordonner qu'une consultation lui sera fournie pour l'éclairer[24]. 4° Il concilie les parties sur l'ensemble de la contestation qui les divise, ce qui rend encore plus sensible la méconnaissance indirecte de l'article 49-4°[25]. Si cette pratique doit persister, ce qui n'est guère douteux à moins d'un changement de législation[26], étant donné les habitudes prises et les avantages qu'elle présente au point de vue de la prompte expédition des affaires, il convient du moins de faire prêter serment aux arbitres qui exercent, en fait, la fonction d'experts : si l'on demande cette garantie aux personnes qui sont expressément chargées d'une expertise, il y a autant de raisons pour l'exiger de celles qui trouvent, dans la mission plus large qui leur a été confiée, le droit de procéder comme de véritables experts[27].

que pour obtenir de simples renseignements (Voy. *suprà*, § **869**). Comp., sur la comparution personnelle, l'interrogatoire sur faits et articles et l'enquête en matière commerciale, *suprà*, §§ **1037** et suiv.

[24] Voy., sur ce principe, t. II, § **556**.

[25] Voy., sur cet article, t. II, § **623**.

[26] Voy., sur cette éventualité, la note suivante.

[27] Je résous par cette distinction la question controversée de savoir si les arbitres sont tenus de prêter serment (Voy., pour l'affirmative, Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1535, Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; pour la négative, Bourbeau, *op. et loc. cit.*. Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 7, Bonnier, *op. cit.*, n° 952). Les parties peuvent, du reste, les en dispenser, aussi bien que les experts (Voy. *suprà*, § **868**), et l'usage, à Paris, est de ne pas l'exiger (Camberlin, *op. et loc. cit.*). Ce qui est certain, c'est qu'ils ne sont pas officiers publics, et n'ont pas qualité pour constater par acte authentique les conditions de l'arrangement consenti par-devant eux : c'est aux parties seules qu'il appartient d'en dresser acte, et cet acte, à moins d'être fait devant notaire ou transformé par le tribunal en jugement convenu (Voy., sur cette espèce de jugement, le tome VII), ne vaut que comme acte sous seing privé (Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 316, Lyon, 17 juill. 1867, D. P. 70. 1. 219; comp. civ. rej. 18 janv. 1870, D. P. 70. 1. 111). La commission de 1866 a pris, sur ce point, une grave résolution : elle a supprimé le renvoi devant arbitres. « On reproche depuis longtemps aux tribunaux de « faire un véritable abus du droit qui leur est donné de renvoyer leurs affai- « res devant arbitres. Non-seulement ces renvois entraînent des frais considéra- « bles, mais ils constituent, de la part de certains tribunaux des grandes « villes, une véritable abdication de leur qualité de juges. Instruction, pro- « cédure, réunion des éléments de preuve, motifs des décisions, tout cela « est préparé par l'arbitre, seul et unique juge, qui procède et décide dans « le silence du cabinet, après avoir entendu, sans être astreint à aucune « règle, les parties et les témoins. Si l'on songe qu'il n'y a pas de procès « un peu grave qui ne donne lieu à un renvoi devant arbitres, on peut par- « faitement comprendre les inconvénients du système et les plaintes qu'il « suscite de toutes parts. La commission l'a condamné : les arbitres, suivant « elle, ne doivent être que des experts, et les dispositions anciennes et nouvelles « insérées au titre *Des expertises* suffiront pour assurer aux tribunaux les moyens

« de s'éclairer sans abdiquer leur qualité, et pour donner aux experts les moyens « de remplir leur mission sans devenir les arbitres souverains du procès » (Greffier, *op. cit.*, p. 72). Le projet de 1894 supprime également le renvoi devant arbitres : « Les tribunaux de commerce ont singulièrement abusé, dit l'Ex- « posé des motifs, du droit que leur confère la loi. Actuellement la majeure « partie des affaires commerciales est tranchée par les arbitres, et il a paru bon « de faire disparaître une institution que la pratique a absolument détournée « du but en vue duquel elle avait été créée : faite pour apaiser les différends « et rendre plus rapide l'expédition des procès, elle n'a aujourd'hui d'autre ré- « sultat que de rendre un peu plus coûteux les procès commerciaux » (P. 83).

LIVRE II

JUGEMENT

SOMMAIRE. — § **1042**. Qu'est-ce que le jugement? — § **1043**. Distinction des jugements d'avant faire droit, et du jugement rendu sur le fond. — § **1044**. Différentes espèces de jugements d'avant faire droit. — § **1045**. Suite. Des jugements interlocutoires. — § **1046**. Suite. Des jugements d'avant faire droit qui ont un caractère définitif. — § **1047** Suite. Un jugement d'avant faire droit qui préjuge le fond n'est-il interlocutoire que s'il ordonne un moyen de preuve? — § **1048**. Suite. Est-il vrai que certaines décisions d'avant faire droit ne soient pas de véritables jugements, mais seulement des actes judiciaires?

§ **1042**. Après la demande, l'instruction; après le délibéré, le jugement[1]. On réserve quelquefois ce titre aux décisions des tribunaux de première instance et de commerce et des conseils de prud'hommes, et l'on ne donne à celles des juges de paix que le nom de sentences, peut-être parce qu'elles

§ **1042**. [1] On sait que le jugement ne s'appelait pas, en droit romain, *judicium* mais *sententia* (Dig., LL. 55, 57, 58 et 59, *De re jud.*, XLII, I; Cod. Just., LL. 1 et suiv., *De sentent. ex peric. recit.*, VII, XLIV; 1 et suiv., *De sentent. et interlocut.*, VII, XLV). *Judicium* signifiait : 1° une instance (Inst. Just., liv. IV, tit. VI, pr.; Dig., LL. 2 et suiv., *De jud.*, V, I); 2° plus particulièrement, sous la procédure formulaire, la partie du procès qui avait lieu devant le juge (Dig., LL. 1, § 1, *De interr. in jure*, XI, I; 51, *De obl. et act.*, XLIV, VII; Gaius, *Comm.* IV, §§ 103 et suiv.; *Lex Malacitana*, c. LXIX, dans Mommsen, *Die Stadtrechte der latinischen Gemeinden Salpensa und Malaca* (*Mémoires de la Société royale de Saxe*, t. III, 1855, p. 387-I); 3° plus précisément encore, sous ce système, la formule elle-même : *judicium acceptum* signifiait la délivrance de la formule, et était synonyme de *litis contestatio* (Dig., L. 25, § 8, *De xd. ed.*, XXI, I). Le jugement se nomme en allemand *Urtheil* : cette expression, primitivement réservée aux décisions rendues à la suite des épreuves judiciaires, telles que le combat ou l'épreuve de l'eau ou du feu (*Urtheil*, *urdella*, *ordele*, d'où *ordalie*), a fini par désigner toutes les décisions judiciaires (Zœpfl, *op. cit.*, t. I, p. 164; t. III, p. 348 et 397).

sont rendues par un seul juge[2] : ce sont pourtant de véritables jugements, elles en produisent tous les effets, et elles ont le droit d'en porter le nom[3]. On a vu, d'ailleurs, à maintes reprises que le juge est rarement tenu d'attendre la fin du procès pour y intervenir; et, comme il n'est ni le guide ni le conseil des parties mais seulement leur juge[4], c'est toujours sous la forme d'un jugement que son intervention se produit.

§ **1043**. Qu'il remette la cause à un autre jour, qu'il statue sur un déclinatoire, qu'il ordonne une mesure d'instruction, qu'il vide un incident, ou qu'il prononce sur une demande accessoire avant de juger le fond, il n'y a guère d'affaires, même parmi les plus simples, où le tribunal ne rende plusieurs jugements[1]. Aussi distingue-t-on parmi eux : 1° les jugements d'avant faire droit ou d'avant dire droit, qui statuent sur des incidents en prenant ce mot *lato sensu*[2]; 2° le jugement rendu sur le fond du procès, qu'on appelle improprement définitif; je dis *improprement*, car il y a aussi des jugements définitifs parmi les décisions rendues avant faire droit. Quand l'article 452 dit : « Sont réputés préparatoires les jugements « rendus pour l'instruction de la cause, et qui tendent à mettre « le procès en état de recevoir le jugement définitif », c'est du jugement au fond qu'il veut parler[3]; mais, quand l'article 473 autorise les tribunaux d'appel qui infirment « des juge- « ments définitifs » à évoquer le fond du procès, il désigne ainsi des jugements d'avant faire droit : on verra, en effet, au tome VI de ce Traité qu'il n'y a plus matière à évocation quand les tribunaux de première instance ont statué sur le fond. Quant aux jugements définitifs en ce sens qu'ils terminent la contestation, il ne faut pas les confondre avec les jugements souverains, c'est-à-dire inattaquables, car qu'un jugement termine le débat actuel et dessaisisse le tribunal qui l'a rendu, cela n'empêche pas la partie perdante de l'attaquer par l'appel s'il est en premier ressort, et par les voies extraordinaires

[2] Voy. t. I, §§ **37** et **47**.
[3] Voy. art. 7, 12, 15, etc.; L. 25 mai 1838, art. 11 et suiv.
[4] Voy., sur le rôle du juge dans la procédure française, t. II, § **556**.

§ **1043**. [1] Voy. t. II, §§ **728** et suiv.
[2] Voy. sur ce point, t. II, § **728**.
[3] Voy., sur la définition des jugements préparatoires, le § suivant.

dans les cas qui y donnent ouverture[5]. Le caractère des jugements ne résulte pas de la qualification qui leur est donnée par le juge; c'est le texte de la loi ou ce sont les principes du droit qui le déterminent : on trouvera aux §§ suivants et aux tomes V et VI de ce Traité d'importantes applications de cette règle.

§ **1044**. Les jugements d'avant faire droit sont provisoires, définitifs, préparatoires, ou interlocutoires. Ils sont provisoires lorsqu'ils statuent sur les demandes provisoires dont j'ai parlé au § **927**, et se distinguent nettement des autres jugements d'avant faire droit en ce qu'ils peuvent contenir une condamnation[1]. Ils sont définitifs lorsqu'ils résolvent, préalablement au jugement du fond[2], une question de fait ou de droit soulevée par le procès[3]; interlocutoires, lorsque, sans trancher aucun point de fait ou de droit[4], ils ordonnent ou refusent d'ordonner une mesure d'instruction qui préjuge le fond[5]; préparatoires, lorsque sans trancher aucun point de

[5] Voy. sur ce point, les tomes V et VI de ce Traité.

§ **1044**. [1] Voy., par exemple, Turin, 9 flor. an X (D. A. v° *Jugement d'avant dire droit*, n° 73); Montpellier, 4 therm. an XII (D. A. v° *Appel civil*, n° 1144); Turin, 13 avr. 1807 (D. A. v° *Dispositions entre-vifs et testamentaires*, n° 3617); civ. cass. 4 août 1819 (D. A. v° *Action possessoire*, n° 634); req. 10 août 1825 (D. A. v° *Appel civil*, n° 1100); Bruxelles, 28 déc. 1826 (D. A. v° *Jugement d'avant dire droit*, n° 74); civ. rej. 18 mars 1828 (D. A. v° *Paternité et filiation*, n° 725); Nîmes, 7 mai 1841 (D. A. v° *Jugement d'avant dire droit*, n° 73).

[2] *Préalablement au fond*, car je ne parle en ce moment que des jugements définitifs qui sont rendus avant faire droit : quant à ceux qui statuent au fond, voy. le § précédent.

[3] Je reviendrai sur cette définition au § **1046**.

[4] Un jugement interlocutoire peut juger une question relative au fond, en même temps qu'il ordonne une mesure d'instruction; mais alors il est pour ainsi dire mixte, c'est-à-dire à la fois définitif et interlocutoire (Voy. *infrà*, *ib.*).

[5] On s'est déjà préoccupé des *interlocutoria* ou *interlocutiones* au Bas-Empire, au point de vue des inconvénients de l'appel immédiat (Cod. Theod., LL. 65. *De appell.*, XI, xxx, 3 et 23, *Quor. appell. non recip.*, XI, xxxvi; voy. le commentaire de Jacques Godefroy sur ces textes *Codex Theodosianus*, éd. Lyon, 1665, t. V, p. 276, 295 et 309). Notre ancienne pratique n'appela, d'abord, interlocutoires que les jugements rendus sur les exceptions (Tanon, *L'ordre du procès civil au xvie siècle au Châtelet de Paris* (Paris, 1886), p. 33). Plus tard le sens de ce mot se précisa : on nomma interlocutoires les jugements qui ordonnaient la preuve d'un fait, et dont l'appel immédiat était recevable s'ils causaient un préjudice évident à l'une des parties (Voy. Imbert, *op. cit.*, ch. LXV, n° 9, p. 425; Denisart, *op. cit.*, v° *Interlocutoire;* Ferrière, *op. cit.*, v° *Interlocutoire;* Glasson, *Les sources de la procédure civile française*, p. 66). Le décret du 3 brumaire an II donna à ce point de droit plus de précision qu'il n'en avait eu jusque-là (Art. 6). On est revenu, à diverses reprises, dans les travaux préparatoires du Code de procédure sur la distinction des jugements préparatoires et des jugements interlocutoires, mais toujours en l'envisageant au seul point

fait ou de droit ni même préjuger le fond, ils ordonnent une

de vue de l'appel. Le projet présenté au conseil d'État ne faisait aucune allusion aux jugements interlocutoires ; il reproduisait purement et simplement, au moins dans son esprit, l'article 6 précité du décret du 3 brumaire an II : « L'appel « d'un jugement préparatoire ne pourra être interjeté qu'après le jugement dé« finitif ; le délai ne courra que du jour de la signification dudit jugement, et « il sera recevable encore que le jugement préparatoire ait été exécuté sans au« cune réserve » (Art. 446 ; Locré, *op. cit.*, t. XXII, p. 30). On fit observer, au conseil d'État, que l'application de l'article 6 du décret du 3 brumaire an II aux jugements interlocutoires avait excité beaucoup de plaintes ; que ces jugements préjugent le fond ; que parfois même le résultat du procès en dépend entièrement, et que leur exécution immédiate, nonobstant appel, entraîne des frais qu'on aurait pu éviter en les faisant immédiatement réformer au moyen de l'appel : à la demande de la cour d'Aix et malgré Treilhard, l'article 446 fut renvoyé à la commission (Locré, *op. cit.*, t. XXIII, p. 35). La commission proposa la rédaction suivante qui fut approuvée par le conseil : « L'appel d'un jugement pré« paratoire ne pourra être interjeté qu'après le jugement définitif ; le délai ne « courra que du jour de la signification dudit jugement, et il sera recevable « encore que le jugement préparatoire ait été exécuté sans aucune réserve ; sont « exceptés les jugements préparatoires ou interlocutoires rendus sur l'examen « de la cause au fond » (Art. 445 ; Locré, *op. cit.*, t. XXII, p. 58). Le Tribunat fit observer : 1° que, la première phrase de la rédaction proposée ne visant que les jugements préparatoires, on pourrait se demander si elle demeurait étrangère aux jugements interlocutoires ; 2° que la seconde, étendant la faculté d'appel immédiat aux jugements préparatoires « rendus sur l'examen de la cause au « fond », aurait l'inconvénient de retarder la solution des procès en multipliant les appels interjetés en cours d'instance. Il conclut : 1° à ce qu'on employât indistinctement, et comme synonymes, les mots *préparatoire* et *interlocutoire ;* 2° à ce qu'on distinguât seulement, parmi les jugements ainsi qualifiés, ceux qui préjugent le fond et ceux qui ne le préjugent pas, et à ce qu'on admît l'appel immédiat pour les premiers seulement. En conséquence, il proposa la rédaction suivante : « L'appel d'un jugement préparatoire ou interlocutoire ne pourra être « interjeté qu'après le jugement définitif ; sont exceptés les jugements prépara« toires ou interlocutoires qui préjugent quelque point inhérent au fond de « l'affaire » (Art. 445 ; Locré, *op. cit.*, t. XXII, p. 76 et suiv.). Le conseil pensa qu'il convenait, pour faire droit à ces observations, de définir les jugements préparatoires et interlocutoires ; et, modifiant la rédaction de l'article 445 devenu l'article 451, il y ajouta l'article 452 rapporté *suprà*, § **1043**, qui contient la définition des jugements préparatoires et interlocutoires (Locré, *op. cit.*, t. XXII, p. 101). Le Tribunat a donc obtenu satisfaction sur le fond de la question, car l'article 451 distingue les jugements d'avant faire droit dont on ne peut appeler immédiatement parce qu'ils préjugent le fond, et ceux dont on ne peut appeler, par la raison inverse, qu'après le jugement définitif ; mais on a donné une nouvelle forme à la pensée du Tribunat en appelant préparatoires les jugements d'avant faire droit qui ne préjugent pas le fond, et en réservant le nom d'interlocutoires pour ceux qui le préjugent. On n'a cependant pas supprimé toute difficulté : on se demande, en effet, si la partie contre laquelle un jugement interlocutoire a été rendu est tenue d'en appeler immédiatement, ou si elle en a seulement la faculté, et l'on dit quelquefois en ce sens : « Le délai de l'appel « des jugements préparatoires ne court, aux termes de l'article 451, que du jour « de la signification du jugement définitif, or les jugements interlocutoires ne « sont que des jugements préparatoires, avec cette circonstance de plus qu'ils « préjugent le fond ; donc le délai pour en appeler ne court qu'après le jugement « définitif, et la partie à laquelle ils font grief peut attendre jusque-là pour les « attaquer. » Je dirai au tome VI pourquoi je partage cette opinion, mais je ne m'approprie pas l'argument de texte qu'elle invoque quelquefois en sa faveur ;

mesure d'instruction[6]. Les uns et les autres ont cela de commun qu'ils sont relatifs à l'instruction de l'affaire et la mettent en état d'être jugée[7]; mais les premiers jugent, les seconds préjugent sans juger, les derniers ne jugent ni ne préjugent, et de là vient : 1° qu'à la différence des jugements définitifs, ni les jugements préparatoires ni même les jugements interlocutoires ne lient le juge, comme on le verra au § **1137**; 2° que les jugements définitifs peuvent être immédiatement frappés d'appel ou déférés à la cour de cassation, que les jugements préparatoires ne peuvent l'être qu'avec le jugement du fond[8], et que, sous ce rapport, les jugements interlocutoires sont traités tantôt comme des jugements définitifs, car la partie qu'ils lèsent peut les attaquer immédiatement s'ils ont été rendus contre ses conclusions, tantôt comme des jugements préparatoires, car cette partie ne peut les attaquer qu'avec le jugement du fond[9] s'ils ont été rendus d'office ou sans qu'elle y ait résisté. Je reviendrai sur cette distinction essentielle au tome VI de ce Traité, et les explications qui suivent la rendront déjà, je l'espère, plus claire et plus précise.

§ **1045**. Le jugement qui ordonne une mesure d'instruction n'est interlocutoire que s'il préjuge le fond; dans le cas contraire, il est simplement préparatoire. Préjuger le fond, c'est montrer d'ores et déjà l'intention qu'on a de juger le procès dans tel ou tel sens. Le fond est préjugé, si quelqu'un

je tiens, en effet, pour certain que l'article 451 vise uniquement dans cette phrase les jugements préparatoires, et qu'il n'aborde les jugements interlocutoires que dans sa seconde partie : « L'appel d'un jugement interlocutoire pourra être « interjeté avant le jugement définitif ». On verra également au même endroit que les règles relatives à l'appel des jugements d'avant faire droit s'appliquent entièrement au pourvoi en cassation formé contre eux.

[6] Comme celui qui accorde un sursis, à tous droits réservés (Chambéry, 2 juin 1896; D. P. 97. 2. 5). On trouvera au § suivant de nombreux exemples des jugements de cette espèce.

[7] « Sont réputés préparatoires les jugements rendus pour l'instruction de la « cause, et qui tendent à mettre le procès définitif en état d'être jugé. Sont ré- « putés interlocutoires les jugements rendus lorsque le tribunal ordonne, avant « dire droit, une vérification ou une instruction qui préjuge le fond » (Art. 452). L'article 452 laisse de côté les jugements définitifs qui sont rendus avant faire droit (Voy. *suprà*, même §; aj., sur cet article, *infrà*, § **1046**).

[8] *Le jugement définitif*, dit l'article 451, mais *jugement définitif* veut dire ici le jugement de fond, et non pas un jugement d'avant faire droit qui aurait un caractère définitif (Voy., sur ce point, le tome VI; comp. *suprà*, même §).

[9] Voy., sur cette expression, la note précédente.

peut dire en sortant de l'audience où un jugement d'avant faire droit vient d'être rendu : « Le tribunal n'eût pas ordonné « cette mesure, si son opinion n'était pas faite; ce premier « avantage d'une partie présage pour elle le succès final ». Les jugements qui préjugent le fond sont le plus souvent[1] ceux qui ordonnent un moyen de preuve, comme une inscription de faux, une vérification d'écriture, une expertise, une descente sur lieux, une enquête, une comparution personnelle ou une prestation de serment[2]. Ils préjugent le fond, en

§ **1045.** [1] Pourquoi *le plus souvent?* Voy. *infrà*, § **1047.**

[2] Voy., pour plus de détails, *infrà*, même §, et particulièrement les notes 4 et suivantes. J'ajouterai seulement ici deux observations. 1° Le jugement qui ordonne qu'un serment décisoire sera prêté est, à coup sûr, interlocutoire, car le jugement du fond en dépend si bien que la partie dont l'adversaire le prête, ou qui refuse elle-même de le prêter, succombe, sauf de très rares exceptions, dans sa demande ou dans sa défense (Req. 8 déc. 1829, D. A. v° *Obligations*, n° 5278; voy., sur les effets de la délation de ce serment, *suprà*, §§ **879** et **880**); mais en est-il de même du jugement qui ordonne la prestation du serment supplétoire? On l'a soutenu en disant qu'en fait, si le juge demeure absolument libre de ne pas condamner la partie qui refuse ce serment, ou celle dont l'adversaire consent à le prêter, la solution du procès dépend, néanmoins, le plus souvent du parti que prendra la partie à laquelle ce serment est déféré (Limoges, 23 mars 1825; D. A. *v° cit.*, n° 5284). Je crois cependant, sans méconnaître la portée de cette observation, que le jugement qui défère le serment supplétoire est simplement préparatoire, par la raison qu'il est déféré d'office : la partie qui le redoute n'aurait aucun moyen d'empêcher le tribunal de le déférer, et ne pourrait qu'attaquer ensuite par les voies ordinaires le jugement définitif qui aurait condamné ou absous sur la foi d'un serment supplétoire indûment déféré (Voy., en ce sens, Bruxelles, 20 déc. 1823, D. A. v° *Jugement d'avant dire droit*, n° 40; aj., sur cette question, Chambéry, 19 mai 1897, D. P. 97. 2. 335; sur les caractères du serment supplétoire, sur le pouvoir de le déférer, et sur les conséquences qu'il entraîne, *suprà*, § **887** et suiv.; et, sur le principe que les jugements qui ordonnent d'office un moyen de preuve ne sont jamais interlocutoires, *infrà*, même §). 2° Je ne mets pas au nombre des jugements interlocutoires ceux qui ordonnent l'interrogatoire sur faits et articles, car j'ai décidé t. II, § **790**, que ce jugement n'est pas contradictoire, qu'aucune des parties ne peut s'y opposer, que la partie dont l'interrogatoire est ordonné peut seulement refuser d'y répondre, et que le juge-commissaire en dresse procès-verbal en renvoyant l'incident à l'audience. Un jugement rendu sans débat préalable ne peut être interlocutoire (Voy. *suprà*, même note, et *infrà*, même §), mais la doctrine exposée t. II, § **790**, est des plus controversées en doctrine et en jurisprudence (Voy. particulièrement *ib.*, note 6), et la discussion se reproduit ici sous une autre forme : le jugement qui ordonne l'interrogatoire sur faits et articles est-il préparatoire ou interlocutoire? Voy., dans le premier sens, Rouen, 27 mai 1817, Liège, 25 nov. 1817 et 5 janv. 1824 (D. A. *v° cit.*, n° 36), Toulouse, 5 mai 1829 (D. A. v° *Interrogatoire sur faits et articles*, n° 54), Paris, 9 août 1833, Liège, 15 mai 1834, Paris, 11 janv. 1836, c. cass. de Belgique, 23 oct. 1837, Paris, 18 déc. 1837 (D. A. *v° cit.*, n° 61), Toulouse, 28 janv. 1853 (D. P. 53. 2. 58), Paris, 3 juin 1855 (D. P. 56. 2. 137), Paris, 27 janv. 1870 (D. P. 70. 2. 137), Toulouse, 30 déc. 1874 (D. P. 75. 2. 5); dans le second sens, Bruxelles, 24 juin 1806 (D. A. v° *Jugement d'avant dire droit*, n° 37), Lyon, 26 août 1822 (D. A. v° *Interrogatoire sur faits et articles*, n° 62), Poitiers, 23 janv. 1849 (D. P. 50. 2. 62); et, en faveur d'une troisième opinion, qui distingue suivant que la nécessité de

ce sens qu'il est vraisemblable que la partie contre laquelle ils sont rendus succombera, s'il résulte de l'instruction qu'il y a contre elle un acte authentique ou qu'elle conteste à tort sa signature; si les faits qu'elle nie sont établis par l'enquête; si son adversaire, assigné personnellement à comparaître, répond d'une manière décisive aux questions qui lui seront posées; s'il prête, enfin, ou qu'elle-même refuse le serment que le tribunal ordonne de prêter. Et, si ces jugements préjugent le fond, c'est qu'on ne comprendrait pas que le tribunal ordonnât toutes ces mesures, étant donné les frais et les lenteurs qui peuvent en résulter, si son parti n'était pas déjà pris, et s'il n'était pas décidé à faire dépendre son jugement définitif de l'issue des incidents dans lesquels le procès vient de s'engager[3]. Il dépend, d'ailleurs, des circonstances que le même jugement soit interlocutoire ou ne le soit pas. 1° Telle mesure d'instruction préjuge ou ne préjuge pas le fond, suivant la manière dont elle est présentée dans le jugement qui l'ordonne : celui qui assigne une partie à comparaître en personne est interlocutoire, s'il montre, en précisant les questions qui lui seront posées, que le tribunal y attache une importance particulière, et que le jugement définitif dépend des réponses qui seront faites[4]; ce n'est plus qu'un jugement préparatoire, s'il se borne à prescrire, en termes généraux, la comparution de cette partie, car il ne préjuge

l'interrogatoire a été, ou non, contestée par l'une des parties en cause, Bruxelles, 24 juin 1806, Angers, 14 févr. 1835 (D. A. v° *Jugement d'avant dire droit*, n° 37); Caen, 26 juill. 1865 (D. P. 66. 5. 277).

[3] Voy., sur la notion générale du jugement interlocutoire, Bioche, *op. cit.*, v° *Jugement*, n°s 17 et suiv.; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, p. 565, note 1; Boncenne, *op. cit.*, t. II, p. 360 et suiv.; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 240; Rodière, *op. cit.*, t. I, n° 246; Bonnier, *op. cit.*, n° 1071; civ. rej. 19 therm. an VI (D. A. *v° cit.*, n° 58); req. 21 nov. 1816 et 9 déc. 1828, D. A. *v° cit.*, n° 28); civ. cass. 8 août 1893 (D. P. 94. 1. 172; S. 94. 1. 164); req. 21 nov. 1894 (D. P. 95. 1. 277; S. 96. 1. 230). Il ne faut pas confondre les jugements interlocutoires et les jugements conditionnels : ceux-ci ne préjugent pas seulement le fond; ils le jugent en subordonnant la décision qu'ils contiennent à la réalisation d'une condition (Voy., sur cette distinction, req. 5 févr. 1811, D. A. *v° cit.*, n° 15; Bordeaux, 19 juill. 1830, D. A. v° *Chose jugée*, n° 335; et, sur les jugements conditionnels considérés au point de vue de l'autorité de la chose jugée, *infrà*, § **1132**).

[4] Orléans, 27 mai 1808 et 1er juin 1809 (D. A. v° *Jugement d'avant dire droit*, n° 39). Douai, 8 mai 1877 (D. P. 79. 2. 13). Lyon, 27 avr. 1883 (D. P. 84. 2. 71). Ce jugement ne résout aucune question, et la cour de Rouen l'a qualifié à tort de jugement définitif (17 janv. 1821; D. A. *v° et loc. cit.*).

rien dans un sens ni dans l'autre en ordonnant qu'elle se présentera devant lui pour fournir verbalement tous les renseignements qui lui seront demandés[5]. 2° Un jugement n'est

[5] Req. 10 janv. 1809; Colmar, 6 déc. 1809; Montpellier, 19 déc. 1810; Colmar, 16 avr. 1811; Paris, 21 juin 1827; Agen, 5 juill. 1831 (D. A. v° *cit.*, n° 38). Civ. rej. 1er juill. 1868 (D. P. 68. 1. 452). Civ. cass. 15 juin 1870 (D. P. 71. 1. 162). Civ. rej. 26 janv. 1881 (D. P. 82. 1. 59). Je n'admets donc pas la règle d'interprétation posée par quelques arrêts (Req. 6 févr. 1816 et 29 mai 1828, Bordeaux, 28 mars 1831, req. 5 juin 1833, D. A. v° *cit.*, n° 21; Amiens, 6 févr. 1835, D. A. v° *Cassation*, n° 1509; civ. cass. 18 août 1851, D. P. 51. 1. 235), à savoir qu'il faut apprécier exclusivement d'après les motifs d'un jugement, abstraction faite de son dispositif, s'il est interlocutoire ou définitif. Sur quoi se fonderait une pareille règle? Sur ce que les motifs des jugements n'ont pas l'autorité de la chose jugée? Ou sur ce qu'un mode de preuve, quelques motifs qui l'aient fait ordonner, est toujours dangereux par lui-même pour la partie contre laquelle il va être employé? Aucune de ces raisons n'est concluante. 1° Il ne s'agit pas ici d'attribuer aux motifs de ce jugement une autorité qu'ils n'ont pas (et encore verra-t-on au § **1126** qu'ils l'ont quelquefois); il s'agit seulement de chercher la pensée du juge dans les motifs d'un jugement, et rien de plus légitime, surtout en présence d'une décision dont le caractère distinctif et la force particulière viennent justement de l'état d'esprit qu'elle suppose chez les juges qui l'ont rendue. 2° Je conviens que le danger d'une preuve est indépendant des motifs qui la font ordonner, et que le tribunal, ayant prescrit une enquête sans aucune intention de préjuger le fond, sera peut-être influencé d'une manière décisive par les dépositions qu'il entendra, mais ce n'est pas le danger qu'a en vue l'article 451 lorsqu'il permet d'appeler des jugements interlocutoires sans attendre que le jugement définitif ait été rendu. Une simple remise a aussi ses dangers, car sait-on si la face d'un procès ne va pas changer entre deux audiences par quelque événement inattendu, et si une partie ne trouvera pas, dans l'intervalle, la preuve décisive qui lui faisait défaut? et cependant qui doute que le jugement de remise soit une décision purement préparatoire, et que l'appel immédiat en soit interdit? L'article 451 n'a en vue que le préjugé qui peut résulter d'un jugement interlocutoire; c'est pour cela seulement qu'il permet d'en appeler sans retard, et on a le droit de chercher dans les motifs qui l'ont fait rendre si ce préjugé est imaginaire ou s'il existe réellement. Du reste, à part quelques divergences qui tiennent surtout aux circonstances du fait, lesquelles varient à l'infini, la jurisprudence est fixée en ce sens que le même jugement peut être, suivant l'occurrence, préparatoire ou interlocutoire. — I. Expertise. 1° *Jugements préparatoires :* req. 22 déc. 1807 (D. A. v° *Appel civil*, n° 1178); Besançon, 23 juill. 1816, Amiens, 4 mai 1822, Grenoble, 12 juill. 1822, Rennes, 25 juill. 1822, Poitiers, 30 mars 1824 (D. A. v° *Jugement d'avant dire droit*, n° 24); req. 11 juin 1828 (D. A. v° *Chose jugée*, n° 40); Bordeaux, 30 août 1831 (D. A. v° *Appel civil*, n° 1141); req. 15 janv. 1836 (D. A. v° *Successions*, n° 1721); civ. cass. 27 févr. 1838 (D. A. v° *Acquiescement*, n° 731); req. 3 août 1840 (D. A. v° *Obligations*, n° 797); Nancy, 5 févr. 1844 (D. A. v° *Jugement d'avant dire droit, loc. cit.*); Paris, 5 mars 1853 (D. P. 55. 2. 8); req. 22 févr. 1864 (D. P. 64. 1. 276); civ. rej. 14 févr. 1872 (D. P. 72. 1. 140); req. 20 févr. 1877 (D. P. 78. 1. 26); req. 19 mars 1879 (D. P. 80. 1. 392); cons. d'Ét. 28 janv. 1881 (D. P. 82. 3. 33); Douai, 6 nov. 1896 (D. P. 97. 2. 79). 2° *Jugements interlocutoires :* civ. rej. 30 mess. an X; Agen, 31 janv. 1807 (D. A. v° *cit.*, n° 25); Bruxelles, 23 mai 1807 (D. A. v° *Exceptions*, n° 152); req. 19 oct. 1808, 2 oct. 1810 et 26 mars 1812, Rennes, 3 juin 1812, req. 31 janv. 1815, Metz, 3 juill. 1818 (D. A. v° *Jugement d'avant dire droit, loc. cit.*); civ. rej. 4 janv. 1820 (D. A. v° *Expertise*, n° 298); Amiens, 11 mai 1822 (D. A. v° *Désistement*, n° 46) et 18 mai 1822 (D. A. v° *Jugement d'avant dire droit, loc. cit.*); Orléans.

jamais interlocutoire, ou — ce qui revient au même — il n'est jamais immédiatement susceptible d'appel ou de pourvoi, lorsqu'il intervient d'office, ou sur la demande d'une partie mais

14 août 1822, Amiens, 15 avr. 1823 (D. A. *v° cit.*, n° 26); civ. rej. 7 févr. 1825 (D. A. v° *Cassation*, n° 74); Rennes, 2 mars 1825 (D. A. v° *Jugement d'avant dire droit, loc. cit.*); Bruxelles, 25 oct. 1828 (D. A. *v° cit.*, n° 25); req. 26 avr. 1829 (D. A. *v° cit.*, n° 26); req. 26 avr. 1830 (D. A. v° *Douanes*, n° 747); req. 5 juin 1833 (D. A. v° *Jugement d'avant dire droit, loc. cit.*); civ. rej. 4 déc. 1833 (D. A. v° *Chose jugée*, n° 49); Bruxelles, 18 janv. 1834 (D. A. v° *Jugement d'avant dire droit*, n° 25); req. 29 mars 1836, Douai, 13 avr. 1836 (D. A. *v° cit.*, n° 26); Besançon, 4 juill. 1840 (D. A. *v° cit.*, n° 24); Limoges, 17 juill. 1840 (D. A. v° *Contrat de mariage*, n° 3931); req. 9 janv. 1843 (D. A. v° *Jugement d'avant dire droit, loc. cit.*); Colmar, 1er juill. 1850 (D. P. 54. 5. 458); civ. cass. 13 janv. 1851 (D. P. 51. 1. 167); Orléans, 28 févr. 1855 (D. P. 55. 2. 155); crim. cass. 24 juill. 1857 (D. P. 57. 1. 369); civ. cass. 28 déc. 1857 (D. P. 58. 1. 74); req. 3 janv. 1860 (D. P. 60. 1. 142); crim. cass. 10 août 1860 (D. P. 60. 1. 53); Metz, 11 févr. 1864 (D. P. 64. 2. 141); civ. cass. 13 mai 1864 (D. P. 64. 1. 170); trib. de Fontainebleau, 13 juill. 1864 (D. P. 65. 3. 21); req. 7 déc. 1864 (D. P. 65. 1. 184); Lyon, 10 nov. 1871 (D. P. 72. 2. 188); civ. cass. 27 mai 1873 (D. P. 73. 1. 465); Poitiers, 20 déc. 1876 (D. P. 77. 2. 228); crim. cass. 23 janv. 1885 (D. P. 86. 1. 230); civ. cass. 7 déc. 1885 (D. P. 86. 1. 421); Lyon, 7 janv. 1891 (D. P. [92. 2. 9]; req. 22 nov. 1894 (D. P. 95. 1. 277; S. 96. 1. 230); c. cass. de Belgique, 15 mars 1894 (D. P. 95. 2. 307; S. 95. 4. 20); req. 6 nov. 1895 (D. P. 97. 1. 219); req. 5 févr. 1896 (D. P. 96. 1. 269); req. 26 févr. 1896 (D. P. 97. 1. 277). — II. Descente sur lieux. 1° *Jugements préparatoires :* Bordeaux, 8 avr. 1829 (D. A. *v° cit.*, n° 28); Nancy, 2 déc. 1842 (D. A. *v° cit.*, n° 33). 2° *Jugements interlocutoires :* civ. cass. 25 juin 1823; Bordeaux, 8 avr. 1826 (D. A. *v° cit.*, n° 34). — III. Communication de pièces. 1° *Jugements préparatoires :* civ. cass. 3 pluv. an XIII, Rennes, 29 nov. et 12 déc. 1810 (D. A. *v° cit.*, n° 42); Agen, 24 févr. 1814 (D. A. v° *Appel civil*, n° 1115); Bruxelles, 10 janv. 1817 (D. A. v° *Jugement d'avant dire droit, loc. cit.*); Rouen, 27 mai 1817 (D. A. *v° cit.*, n° 36); civ. cass. 12 févr. 1822 (D. A. v° *Péremption*, n° 367); Bourges, 11 avr. 1837 (D. A. v° *Servitudes*, n° 214); civ. rej. 21 nov. 1837 (D. A. v° *Prescription civile*, n° 544); Lyon, 20 févr. 1840 (D. A. v° *Appel civil*, n° 1123); Bordeaux, 15 janv. 1841, Rouen, 5 mars 1841 (D. A. v° *Jugement d'avant dire droit*, n° 42); req. 6 juill. 1842 (D. A. v° *Chose jugée*, n° 41); req. 25 févr. 1852 (D. P. 54. 5. 463); Poitiers, 11 juill. 1854 (D. P. 55. 5. 273); Amiens, 19 févr. 1897 (D. P. 97. 2. 478). 2° *Jugements interlocutoires :* Orléans, 2 juin 1808, Aix, 17 juin 1826, Bruxelles, 14 avr. 1827, Paris, 2 août 1843 (D. A. v° *Jugement d'avant dire droit*, n° 43); Bordeaux, 19 juin 1850 (D. P. 55. 5. 270); Orléans, 28 févr. 1855 (D. P. 55. 2. 155); req. 13 mars 1860 (D. P. 60. 1. 160; Angers, 4 juill. 1866 (D. P. 66. 2. 157); Aix, 28 avr. 1871 (D. P. 72. 2. 83); crim. rej. 5 juill. 1877 (D. P. 78. 1. 95). — IV. Renvoi devant arbitres. 1° *Jugements préparatoires :* Rouen, 12 mai 1870 (D. P. 71. 5. 234); req. 10 juill. 1876 (D. P. 77. 1. 207). 2° *Jugements interlocutoires :* Paris, 20 août 1861 (D. A. v° *Effets de commerce*, n° 110); Chambéry, 28 janv. 1891 (D. P. 92. 2. 333); req. 15 déc. 1891 (D. P. 92. 1. 576). — Aj., sur les jugements interlocutoires : 1° en matière de faux incident civil, Grenoble, 8 mai 1832 (D. A. v° *Faux incident*, n° 61), civ. cass. 25 juin 1845 (D. P. 45. 4. 62); 2° en matière de vérification d'écriture, Paris, 30 juill. 1838 (D. A. v° *Jugement d'avant dire droit*, n° 28); 3° en matière d'enquête, Orléans, 17 janv. 1808 (D. A. *v° et loc. cit.*), req. 14 août 1811 (D. A. v° *Chose jugée*, n° 588), Rennes, 29 juin 1816, req. 27 avr. 1820, Rennes, 22 janv. 1821 (D. A. v° *Jugement d'avant dire droit, loc. cit.*), req. 4 mars 1828 (D. A. v° *Jugement*, n° 954), req. 30 juill. 1830, Bordeaux, 8 avr. 1839, Limoges, 29 avr. 1841 (D. A. v° *Jugement d'avant dire droit, loc. cit.*), Orléans, 13 juill. 1843 (D. A. v° *Enquête*, n° 392), req. 7 août 1849 (D. P. 49. 1. 218), req. 3 févr. 1863 (D. P. 64. 1. 185),

sans que l'autre y contredise : le tribunal qui ordonne spontanément une mesure d'instruction ne préjuge rien, et cherche seulement à s'éclairer par tous les moyens qui sont à sa disposition ; la partie qui n'a pas combattu les conclusions prises contre elle à fin d'admission d'un moyen de preuve, est mal venue à attaquer ensuite le jugement qui y a fait droit sous prétexte qu'il préjuge le fond, car elle a montré, en y adhérant par son silence, qu'elle n'en craignait pas les conséquences, et n'y voyait pas de préjugé défavorable[6]. Par contre, il ne dépend de personne de retirer aux jugements le caractère interlocutoire qui résulte de leur dispositif et des circonstances où ils sont rendus. Si la nature des décisions judiciaires ne tient pas, comme on l'a vu au § **1043**, à la qualification qui leur est donnée, il en résulte qu'en appelant préparatoire un jugement qui préjuge le fond, en déclarant statuer « sans préjuger le fond » ou « tous droits réservés », ou en affirmant dans leurs motifs la volonté de garder, quoi qu'il arrive, leur pleine et entière liberté d'appréciation, les juges rendent quand même un jugement interlocutoire si, par elle-même, la mesure qu'ils prescrivent préjuge le fond. Un tribunal a beau se dire libre,

req. 7 déc. 1864 (D. P. 65. 1. 184), civ. rej. 18 août 1865 (D. P. 65. 1. 352), req. 13 juill. 1885 (D. P. 86. 1. 293), crim. rej. 24 juill. 1886 (D. P. 86. 1. 476), crim. rej. 15 juin 1894 (D. P. 94. 1. 421). — Il a encore été jugé : 1° en matière de saisie-arrêt, que le jugement qui ordonne au tiers saisi de faire la déclaration prescrite par les articles 568 et suivants, est un jugement interlocutoire (Civ. rej. 14 mai 1827 (D. A. v° *Jugement d'avant dire droit*, n° 60; voy., sur cette procédure, le tome IV); 2° en matière de reddition de compte, que les jugements rendus sur une demande accessoire en reddition de compte, et qui renvoient simplement les parties à compter, sont des jugements préparatoires (Civ. cass. 1er niv. an VIII, Orléans, 20 avr. 1814, D. A. *v° cit.*, n° 32; Orléans, 5 mai 1819, D. A. *v° cit.*, n° 30; req. 28 janv. 1823, Poitiers, 13 févr. 1833, Nancy, 27 juill. 1844, D. A. *v° cit.*, n° 32; req. 26 juin 1845, D. P. 45. 1. 361; civ. rej. 21 déc. 1858, D. P. 59. 1. 23). Les jugements qui, sur une demande principale en reddition de compte, renvoient les parties à compter sont des jugements définitifs (Voy., sur ce point, le § suivant, note 6; et, sur cette procédure, *infrà*, §§ **1221** et suiv.).

[6] Ainsi jugé : 1° en matière d'enquête (Paris, 19 déc. 1810, Orléans, 17 mai 1820, D. A. *v° cit.*, n° 27; Rennes, 25 juin 1822, D. A. *v° cit.*, n° 24; civ. cass. 15 juin 1837, D. A. v° *Action possessoire*, n° 318; c. cass. de Belgique, 10 avr. 1841, D. A. v° *Jugement d'avant dire droit*, n° 27); 2° en matière d'expertise (Bruxelles, 9 mars 1811, Rennes, 14 nov. 1815, Metz, 9 mai 1820, Toulouse, 9 août 1827, D. A. *v° cit.*, n° 24; civ. cass. 15 févr. 1853, D. P. 53. 1. 77; civ. cass. 22 juin 1864, D. P. 64. 1. 342; voy. cep. civ. rej. 3 déc. 1890, D. P. 91. 1. 105, S. 91. 1. 63); 3° en matière de comparution personnelle (Req. 27 mai 1891, D. P. 91. 1. 390, S. 91. 1. 384); 4° en matière de reddition de compte (Orléans, 5 mai 1819, D. A. *v° cit.*, n° 30, req. 4 déc. 1823, D. A. *v° cit.*, n° 31).

il a beau l'être dans une large mesure comme on le verra au § **1136**; il ne dépendra pas de lui de rester insensible aux preuves qui lui seront apportées, et c'est pour cela qu'on doit pouvoir attaquer sur-le-champ, pour le faire tomber si c'est possible, le jugement qui ordonne de les fournir[7].

§ **1046**. Dès qu'un jugement d'avant faire droit ne se borne pas à préjuger, dès qu'il juge, il n'est plus ni préparatoire ni interlocutoire, il est définitif[1], et, fût-il rendu d'office ou sans débat contradictoire, il peut être déféré sur-le-champ à la cour d'appel ou à la cour de cassation[2]. Tels sont les jugements qui statuent sur une fin de non-recevoir ou sur une exception[3], et particulièrement sur l'incompétence, la

[7] Grenoble, 22 juill. 1809 (D. A. *v° cit.*, n° 46). Rennes, 3 juin 1812 (D. A. *v° cit.*, n° 25). Req. 25 août 1812 (D. A. v° *Paternité et filiation*, n° 239). Rennes, 14 nov. 1815 et 25 juin 1822 (D. A. v° *Jugement d'avant dire droit*, n° 24). Rennes, 16 août 1822 (D. A. *v° cit.*, n° 19). Bourges, 20 août 1855 (D. P. 56. 5. 264). Civ. cass. 8 août 1893 (D. P. 94. 1. 172; S. 94. 1. 89). *Contrà*, civ. cass. 4 pluv. an XI (D. A. *v° cit.*, n° 24); Montpellier, 4 therm. an XII (D. A. v° *Appel civil*, n° 1144); Agen, 25 févr. 1806 (D. A. v° *Jugement d'avant dire droit*, *loc. cit.*); Nîmes, 14 févr. 1812 (D. A. *v° cit.*, n° 18); Rennes, 30 janv. 1834 (D. A. *v° cit.*, n° 24); Paris, 5 mars 1853 (D. P. 55. 2. 8); Douai, 6 nov. 1896 (D. P. 97. 2. 79).

§ **1046**. [1] La notion des jugements définitifs est quelque peu confuse dans les auteurs : les uns ne donnent ce nom qu'aux jugements qui terminent une contestation (Voy. notamment Bioche, *op. et v° cit.*, n° 57; Boncenne, *op. et loc. cit.*; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*; Bonnier, *op. et loc. cit.*); les autres reconnaissent qu'un jugement peut être définitif sans mettre un terme au procès, s'il tranche un point de ce procès d'une manière définitive et sans qu'il y ait lieu d'y revenir (Voy. notamment Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Rodière, *op. et loc. cit.*). Enfin, d'après M. Glasson, « on ne peut dé« finir les jugements que d'une manière indirecte en disant : les jugements défi« nitifs sont tous ceux qui ne rentrent pas dans l'une des trois sortes de jugements « d'avant faire droit » (Sur Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, p. 234, note 3). La jurisprudence a aussi parfois hésité et traité comme interlocutoires des jugements définitifs (Voy. civ. rej. 21 mars 1809, D. A. v° *Cassation*, n° 74; req. 6 juin 1820, D. A. v° *Compte*, n° 68), et comme définitifs des jugements interlocutoires (Voy. civ. rej. 24 oct. 1808, D. A. v° *Jugement*, n° 13; civ. cass. 12 germ. an IX, D. A. v° *Chose jugée*, n° 132; civ. cass. 28 déc. 1818, D. A. v° *Jugement*, *loc. cit.*; req. 16 avr. 1833, D. A. *v° cit.*, n° 17; Bruxelles, 30 avr. 1834, D. A. *v° cit.*, n° 13; Bruxelles, 16 avr. 1835, D. A. v° *Jugement d'avant dire droit*, n° 43; req. 5 nov. 1835, D. A. v° *Chose jugée*, n° 100; Rouen, 16 févr. 1843, D. A. v° *Jugement d'avant dire droit*, *loc. cit.*, civ. rej. 8 mai 1854, D. P. 54. 1. 194).

[2] Voy., sur ce point, le tome VI.

[3] Civ. cass. 2 germ. an X (D. A. v° *Jugement*, n° 16). Civ. rej. 30 germ. an X; Rouen, 25 brum. an X (D. A. *v° cit.*, n° 13). Civ. cass. 23 frim. an X (D. A. *v° cit.*, n° 16). Civ. rej. 24 mess. an XI; req. 26 vend. an XII; civ. cass. 14 frim. an XII; req. 23 avr. 1807 et 10 nov. 1813; Riom, 3 févr. 1825 (D. A. *v° cit.*, n°

litispendance ou la connexité[4], renvoient devant un autre tribunal pour parenté, alliance ou autre cause[5], ou statuent en matière d'enquête sur le reproche élevé contre un témoin[6]. Il se peut même qu'un jugement soit à la fois préparatoire ou interlocutoire et définitif, d'où cette double conséquence : 1° qu'il ne lie le juge que sur un seul point; 2° que l'appel et le pourvoi en cassation ne sont ouverts immédiatement que

13). Bourges, 30 nov. 1825 (D. A. v° *Appel civil*, n° 1127). Civ. rej. 4 mai 1836 (D. A. v° *Jugement*, n° 1048). Civ. rej. 18 févr. 1839 (D. A. v° *Cassation*, n° 1509). Crim. rej. 20 sept. 1844 (D. P. 45. 4. 334). Civ. cass. 17 juill. 1883 (D. P. 85. 1. 14). Pau, 4 juill. 1892 (D. P. 94. 2. 31).

[4] Civ. rej. 13 flor. an IX (D. A. v° *Acquiescement*, n° 629). Civ. rej. 24 mess. an XI; civ. cass. 1er vent. an XII (D. A. v° *Jugement*, n° 13). Turin, 27 flor. an XIII; civ. cass. 12 mars 1806 (D. A. v° *cit.*, n° 15). Civ. cass. 2 févr. 1825 (D. A. v° *Cassation*, n° 74). Nancy, 4 févr. et 25 mars 1839 (D. A. v° *Exceptions*, n° 230). Paris, 4 janv. 1876 (D. P. 78. 2. 68).

[5] Civ. cass. 10 fruct. an XII (D. A. v° *Jugement*, n° 13). Crim. rej. 6 janv. 1855 (D. P. 55. 5. 272).

[6] Metz, 8 déc. 1815; Rennes, 15 janv. 1826 (D. A. v° *et loc. cit.*). Douai, 14 mars 1840 (D. A. v° *Acquiescement*, n° 304). Sont également définitifs : 1° les jugements de condamnation qui ordonnent les mesures nécessaires pour la liquidation de dommages-intérêts, et spécialement ceux qui en allouent à fixer par état (Civ. rej. 20 flor. an XI, D. A. v° *Jugement, loc. cit.*; Nîmes, 26 niv. an XIII, D. A. v° *Appel civil*, n° 435; Rennes, 30 mai 1817, D. A. v° *Jugement d'avant dire droit*, n° 25; civ. rej. 29 déc. 1841, D. A. v° *Jugement*, n° 14; voy., sur ce mode de condamnation, *infrà*, § **1075**); 2° ceux qui, sur une demande principale en reddition de compte, déclarent qu'il y a lieu à compter, et renvoient les parties devant un juge-commissaire (Civ. cass. 28 août 1809 et 21 juill. 1817, Rennes, 16 août 1822, D. A. v° *cit.*, n° 18; Gand, 14 févr. 1834, D. A. v° *cit.*, n° 13; civ. cass. 26 avr. 1837, D. A. v° *Chose jugée*, n° 358; req. 12 avr. 1847, D. P. 47. 4. 13; civ. cass. 14 janv. 1852, D. P. 52. 1. 39, voy. sur cette demande, *infrà*, §§ **1221** et suiv.); 3° ceux qui condamnent une partie, avant de faire droit sur le fond, aux dépens d'un incident sur lequel elle a succombé (Agen, 26 mai 1807, D. A. v° *Jugement, loc. cit.*; voy., sur les condamnations aux dépens prononcées avant faire droit, *infrà*, § **1098**); 4° ceux qui déclarent, sur une demande incidente en vérification d'écriture, que l'écrit allégué contre une partie est signé d'elle ou de son auteur (Civ. cass. 21 mess. an IX; D. A. v° *et loc. cit.*); 5° ceux qui déclarent y avoir lieu à partage ou à tel mode déterminé de partage, et renvoient les parties à y procéder pour statuer ensuite ce qu'il appartiendra (Civ. cass. 11 brum. an XI, D. A. v° *cit.*, n° 16; req. 14 août 1833, D. A. v° *Successions*, n° 1172; civ. cass. 8 juin 1859, D. P. 59. 1. 255); 6° ceux qui statuent sur le principe d'une action en responsabilité, même en ordonnant une expertise pour établir le montant des dommages-intérêts (Trib. des conflits, 29 nov. 1890; D. P. 92. 3. 51, voy. *ib.* les conclusions de M. Jagerschmidt, commissaire du gouvernement). Aj., en matière de saisie, req. 13 nov. 1820 (D. A. v° *Jugement*, n° 13), civ. cass. 27 juill. 1875 (D. P. 75. 1. 401); et de défaut, Paris, 23 août 1870 (D. P. 71. 2. 9). On a encore considéré comme définitifs certains jugements qui renvoyaient devant arbitres (Paris, 16 févr. 1850, D. P. 52. 5. 337; voy., sur le caractère ordinaire de ces jugements, le § précédent, note 5), rejetaient une demande de preuve (Voy. le § suivant, note 3), accordaient une remise ou un sursis (Voy. le § précédent, note 2), ou ordonnaient qu'un tiers fût mis en cause (Voy. *infrà*, *ib.*).

sur ce point à la partie qui a négligé d'y contredire[7]. Le jugement qui porte, en matière de revendication, que les titres produits par le demandeur n'ont pas de force probante, mais qu'il sera admis à prouver par témoins les faits de possession qu'il allègue, est définitif sur le premier chef et interlocutoire sur le second. Le jugement qui déclare les droits contestés susceptibles de prescription trentenaire, et ordonne l'enquête à l'effet de prouver qu'ils ont été possédés pendant trente ans, est définitif sur la question de savoir si ces droits sont prescriptibles, et interlocutoire sur le point de savoir s'ils ont été possédés assez longtemps pour être prescrits[8].

§ **1047**. Suffit-il, pour être interlocutoire, qu'un jugement d'avant faire droit préjuge le fond? Faut-il, de plus, qu'il ait trait à la preuve et qu'il l'ordonne? On le croirait, à lire l'article 452 : « Sont réputés interlocutoires les jugements rendus lorsque le tribunal ordonne, avant dire droit, « une preuve, une vérification, ou une instruction qui préjuge « le fond » ; mais il faut croire que les auteurs de cet article ont parlé *de eo quod plerumque fit* ou qu'ils se sont trompés, car il n'y a pas de raison pour qu'un jugement étranger à la preuve, ou qui refuse la preuve demandée, ne soit pas interlocutoire[1]. Le tribunal ordonne, après débat, qu'un tiers sera mis en cause, ou refuse l'enquête demandée « attendu qu'il y a lieu d'y procéder » : ces jugements ne sont pas définitifs s'ils ne tranchent — ce que je suppose — aucune des questions de fait ou de droit que le procès soulève[2],

[7] Laurent, *op. cit.*, t. XX, n° 26. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 58. Boncenne, *op. cit.*, p. 361. Glasson, sur Boitard et Colmet-Daage, *op. et loc. cit.* Douai, 11 avr. 1893 (D. P. 94. 2. 235; S. 96. 2. 148).

[8] Voy., en ce sens : 1° en matière d'enquête, req. 15 avr. 1807 (D. A. *v° et loc. cit.*), req. 11 janv. 1841 (D. A. *v° cit.*, n° 14), req. 29 déc. 1851 (D. P. 52. 1. 154), civ. cass. 5 déc. 1860 (D. P. 61. 1. 88), civ. cass. 15 janv. 1878 (D. P. 79. 1. 131); 2° en matière d'expertise, civ. cass. 19 vend. an XII, req. 18 déc. 1810 (D. A. *v° cit.*, n° 17), Riom, 5 févr. 1819 (D. A. v° *Expertise*, n° 293), req. 23 juin 1823 (D. A. v° *Jugement*, n° 16), civ. rej. 12 nov. 1839 (D. A. v° *Douanes*, n° 843), req. 10 nov. 1847 (D. P. 48. 1. 195), civ. cass. 12 nov. 1878 (D. P. 78. 1. 459), civ. cass. 17 juill. 1883 (D. P. 85. 1. 14), trib. des conflits, 29 nov. 1890 (D. P. 92. 3. 51, voy. *ib.* les conclusions de M. Jagerschmidt, commissaire du Gouvernement).

§ **1047**. [1] Voy., en ce sens, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 18, et les arrêts cités *infrà*, note 3.

[2] Le jugement qui ordonne une intervention forcée, c'est-à-dire la mise en

mais sont-ils simplement préparatoires? Assurément non, car ils préjugent le fond : si les juges ordonnent d'appeler un tiers dans l'instance, c'est qu'il a, dans leur pensée, un intérêt dans le procès, peut-être même un droit sur l'objet litigieux; s'ils refusent l'enquête, c'est peut-être parce que les faits ne leur paraissent pas admissibles, concluants ou pertinents. Ces jugements sont donc interlocutoires, et dans le premier cas les deux parties, dans le second celle à qui l'enquête est refusée, peuvent appeler sur-le-champ ou se pourvoir en cassation, pour détruire, en le faisant tomber, le préjugé qu'il établit contre elles[3].

cause d'un tiers, a été déclaré définitif, sinon vis-à-vis des parties principales, du moins à l'égard du tiers sommé de venir au procès « sous peine de voir le «jugement à intervenir déclaré commun avec elles » (Bruxelles, 8 mai 1822; D. A. v° *Intervention*, n° 146). Cette solution paraît fondée, car, dans l'espèce, il y a pour ce tiers plus qu'une mesure d'instruction et même plus qu'un préjugé, il y a une menace directe et une sorte de jugement conditionnel; or on a vu au § **1045**, note 3, que les jugements conditionnels sont, au point de vue de la faculté de les attaquer immédiatement, des jugements définitifs. Les jugements de remise sont presque toujours préparatoires (Voy. notamment Grenoble, 10 mai 1809, D. A. v° *Jugement d'avant dire droit*, n° 55; req. 17 juin 1834, D. A. v° *Appel civil*, n° 1113), mais les circonstances de la cause ont pu les faire considérer quelquefois comme des jugements définitifs (Rennes, 16 août 1847, D. P. 49. 2. 117; Bastia, 26 déc. 1849, D. P. 50. 2. 71); il en est de même des jugements de sursis, qui, généralement préparatoires ou tout au plus interlocutoires (Voy., à cet égard, la note suivante), ont pu être traités, dans certain cas, comme définitifs (Req. 2 frim. an IX, D. A. v° *Acquiescement*, n° 308; civ. cass. 5 juin 1810, D. A. v° *Effets de commerce*, n° 700). *Quid* de ceux qui ordonnent une reprise d'instance? Voy. Lyon, 17 avr. 1827 (D. A. v° *Exploit*, n° 427); civ. rej. 21 nov. 1837 (D. A. v° *Prescription civile*, n° 544); Bordeaux, 7 janv. 1840 (D. A. v° *Jugement*, n° 14).

[3] Cette question s'est maintes fois posée devant les tribunaux, et la variété des solutions qu'elle a reçues s'explique encore par la diversité des faits (Voy., sur ce point, *suprà*, § **1045**, note 5), mais on peut regarder comme un fait acquis en jurisprudence qu'un jugement étranger à la preuve, ou qui la refuse, peut être interlocutoire. Ainsi les jugements d'instruction étrangers à la preuve sont généralement préparatoires (Civ. rej. 12 pluv. an V, D. A. v° *Jugement d'avant faire droit*, n° 48; civ. cass. 31 août 1813, D. A. v° *Péremption*, n° 367; Rennes, 23 août 1814, D. A. v° *Jugement d'avant dire droit*, n° 47; Bourges, 2 févr. 1822, D. A. *v° cit.*, n° 58; Bordeaux, 30 sept. 1851, D. P. 52. 5. 340; req. 5 mars 1883, D. P. 84. 1. 19); mais il a été jugé : 1° que les jugements de sursis peuvent être préparatoires (Req. 2 janv. 1819, D. A. *v° cit.*, n° 52; civ. cass. 3 juill. 1850, D. P. 50. 1. 198; crim. rej. 12 nov. 1880, D. P. 81. 1. 336) ou interlocutoires (Civ. cass. 27 juin 1810, D. A. v° *Effets de commerce, loc. cit.*; req. 22 janv. 1834, D. A. v° *Question préjudicielle*, n° 198; Lyon, 24 janv. 1828, D. A. v° *Mariage*, n° 278; req. 6 janv. 1829, D. A. v° *Jugement d'avant dire droit*, n° 53; Orléans, 1er juill. 1850, D. P. 50. 5. 301; civ. rej. 17 déc. 1851, D. P. 52. 1. 23; Montpellier, 21 nov. 1854, D. P. 55. 5. 271; crim. rej. 7 juill. 1882, D. P. 83. 1. 143; Rouen, 10 juill. 1882, D. P. 83. 2. 179); 2° qu'il en est de même : 1) des jugements de jonction : *a*) *Jugements préparatoires :* civ. cass. 24 mars 1806, D. A. *v° cit.*, n° 48; Orléans, 7 juill. 1808, Rennes, 14 août

§ **1048**. J'aurai plus tard à déterminer le caractère des jugements d'adjudication et d'homologation, des jugements rendus sur requête, des ordonnances des présidents, et de celles des juges-commissaires[1]. Les seuls jugements dont j'aie à m'occuper ici sont ceux qui prononcent sur une contesta-

1811 et 23 sept. 1816, req. 8 avr. 1828 et 8 avr. 1831 (D. A. *v° cit.*, n° 47); *b*) *Jugements interlocutoires :* civ. rej. 21 fruct. an IV (D. A. *v° cit.*, n° 50); Montpellier, 4 therm. an XII (D. A. v° *Appel civil*, n° 1144); Limoges, 15 janv. 1817 (D. A. v° *Séparation de corps*, n° 103); Nîmes, 8 janv. 1819, Bordeaux, 30 mai 1829, Bastia, 13 nov. 1843 (D. A. v° *Jugement d'avant dire droit*, n° 49); Angers, 15 juin 1849 (D. P. 49. 2. 118); 2) des jugements rendus sur les demandes en intervention : *a*) *Jugements préparatoires :* Montpellier, 12 avr. 1809 (D. A. *v° cit.*, n° 44); Colmar, 6 déc. 1809 (D. A. *v° cit.*, n° 38); Montpellier, 19 déc. 1810 (D. A. *v° cit.*, n° 44); Bruxelles, 12 sept. 1812 (D. A. v° *Effets de commerce*, n° 580); Metz, 3 juill. 1818 (D. A. v° *Jugement d'avant dire droit*, n° 41); req. 10 juill. 1830 (D. A. *v° cit.*, n° 44); Agen, 5 juill. 1831 (D. A. *v° cit.*, n° 38); civ. cass. 7 août 1833 (D. A. v° *Degrés de juridiction*, n° 562); *b*) *Jugements interlocutoires :* req. 1er juin 1809, Grenoble, 22 juill. 1809 (D. A. v° *Jugement d'avant dire droit*, n° 46); Orléans, 18 févr. 1810, Bourges, 30 avr. 1814, Rennes, 25 mars 1820, Amiens, 26 janv. 1822 (D. A. *v° cit.*, n° 45); Paris, 10 déc. 1823 (D. A. v° *Privilèges et hypothèques*, n° 2220); req. 19 avr. 1826 (D. A. v° *Faillite*, n° 207); req. 1er juin 1830 (D. A. v° *Jugement d'avant dire droit*, n° 44); Poitiers, 18 janv. 1831 (D. A. v° *Obligations*, n° 461); Bordeaux, 19 janv. 1836 (D. A. v° *Enquête*, n° 28); req. 19 déc. 1842 (D. A. v° *Degrés de juridiction*, n° 575); Aix, 24 mai 1843 (D. A. v° *Jugement d'avant dire droit*, n° 46); civ. cass. 28 avr. 1851 (D. P. 51. 1. 145). Quant à la preuve offerte par l'une des parties, il a été plusieurs fois jugé que le jugement qui la rejette est interlocutoire (Civ. rej. 22 juin 1807, D. A. v° *Faux incident civil*, n° 226; Lyon, 6 févr. 1832, D. A. v° *Jugement d'avant dire droit*, n° 26; req. 9 déc. 1840, D. A. v° *Action possessoire*, n° 700; req. 20 juill. 1842, D. A. v° *Jugement d'avant dire droit*, n° 29). On a même jugé qu'il est définitif (Bruxelles, 30 juin 1818, D. A. v° *Dispositions entre-vifs et testamentaires*, n° 295; req. 6 déc. 1836, D. A. v° *Jugement*, n° 76), et il l'est effectivement, si c'est par des raisons de droit qu'il rejette la preuve offerte : s'il refuse, par exemple, une enquête, attendu que l'intérêt du procès dépasse 150 francs, qu'il n'y a pas de commencement de preuve par écrit, et qu'on ne se trouve pas dans un des cas exceptionnels où la preuve testimoniale est admise au-dessus de 150 francs sans commencement de preuve par écrit (Voy., sur ces divers points, *suprà*, §§ **820** et suiv.). Je crois, au contraire, que ce jugement est simplement interlocutoire lorsqu'il rejette la preuve offerte, par cette seule raison qu'elle est inutile ou que les faits allégués ne sont pas admissibles, concluants et pertinents (Voy. sur ces divers cas, *suprà*, § **835**), et que, dans le cas même où, en conséquence du refus de preuve, il ordonnerait de passer outre, ce ne serait qu'un jugement d'instruction, peut-être interlocutoire mais certainement non définitif. D'ailleurs, le point essentiel est que ce jugement puisse n'être pas simplement préparatoire; quant à savoir s'il est interlocutoire ou définitif, c'est une question dépourvue d'intérêt, car : 1° le jugement qui rejette un moyen de preuve lie le juge, tout interlocutoire qu'il est, en ce sens que la preuve qu'il a refusée ne peut plus être ordonnée, à moins que des faits postérieurs ne se soient produits qui la justifient (Voy. *infrà*, § **1136**); 2° définitif ou interlocutoire, la partie contre les conclusions de laquelle il est rendu a le droit d'en appeler ou de se pourvoir en cassation sans attendre le jugement du fond.

§ **1048**. [1] Voy., sur ces divers points, les tomes IV et VIII.

tion liée au moyen d'une assignation : d'un ajournement, si l'affaire est de la compétence des tribunaux de première instance ou de commerce; d'une citation, si c'est le juge de paix ou le conseil de prud'hommes qui est compétent[2].

Ces jugements se reconnaissent à quatre caractères qui leur sont communs : 1° ils sont rendus en justice de paix par un seul juge, dans les tribunaux de première instance et de commerce et dans les conseils de prud'hommes par trois magistrats au moins[3]; 2° ils sont rendus suivant les formes déterminées par la loi à peine de nullité[4]; 3° ils produisent l'autorité de la chose jugée, en ce sens qu'ils dessaisissent le tribunal de la question qu'il a tranchée, et lui interdisent d'y revenir pour modifier la solution qu'il y a donnée[5]; 4° le point de fait ou de droit qu'ils ont jugé ne peut être remis en question que par les voies de recours ordinaires ou extraordinaires établies par la loi[6]. Or est-il vrai que certains jugements d'avant faire droit ne soient pas des jugements proprement dits, mais seulement des actes judiciaires? Tels seraient, dans une opinion assez répandue : 1° les jugements qui remettent la cause à une autre audience[7]; 2° ceux qui donnent acte à une partie de la constitution de son avoué[8], de l'aveu de son adversaire[9], ou de ce qu'il a reconnu comme émanées de lui ou de ses auteurs les signatures apposées à un acte sous seing privé[10]. Il y aurait trois raisons pour qu'il en fût ainsi : 1° ces décisions n'ont pas besoin d'être motivées[11]; 2° les formalités relatives à l'expédition et à la signification des jugements ne s'y appliquent pas, comme on le verra aux §§ **1173** et **1190**[12]; 3° elles ne sont pas susceptibles d'appel[31].

[2] Voy., sur cette distinction, t. II, § **650**.
[3] Voy., sur ce point, t. I, §§ **37**, **54**, **64** et **72**.
[4] Voy., sur ces formes, *infrà*, §§ **1049** et suiv.
[5] Voy. *infrà*, §§ **1118** et suiv., **1126** et suiv.
[6] Voy. les tomes V et VI.
[7] Voy. t. II, §§ **673** et suiv.
[8] Voy. t. II, § **672**.
[9] Voy. t. II, § **693**
[10] Voy. t. II, § **799**.
[11] Voy. *infrà*, § **1116**.
[12] Voy. notamment, sur le jugement qui donne acte de la constitution d'avoué faite à l'audience en cas d'assignation à bref délai, t. II, § **672**.
[13] Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 240. Metz, 28 févr. 1831 (D. A. v° *Appel civil*, n° 135. Voy. encore, dans le même sens, sur le juge-

Je n'admets pas cette manière de voir, malgré l'appui que lui prête l'article **2117** du Code civil en qualifiant d'actes judiciaires « les reconnaissances ou vérifications faites en « jugement des signatures apposées à un acte obligatoire ou « sous seing privé »[14]. En quoi les décisions dont il s'agit diffèrent-elles des jugements? Ne doivent-elles pas émaner du même nombre de juges? Ne dessaisissent-elles pas le tribunal qui les a rendues? Ne sont-elles pas susceptibles de recours en cassation, lorsqu'elles émanent d'un tribunal irrégulièrement constitué[15]? Ne sont-elles pas à considérer comme non avenues, lorsqu'elles ne figurent pas sur la feuille d'audience, seule preuve authentique des faits qui se sont passés aux séances des tribunaux[16]? Elles peuvent se passer de motifs? Cette dispense leur est commune avec tous les jugements qui s'expliquent et se justifient d'eux-mêmes[17]. Elles ne se lèvent pas au greffe, et s'exécutent sans avoir été préalablement signifiées? C'est par raison d'économie et à cause de leur extrême simplicité. Elles ne sont pas susceptibles d'appel? Cela prouverait seulement qu'elles sont en dernier ressort, et je ne crois même pas qu'on puisse dire d'une manière absolue qu'elles soient rendues sans appel[18]. J'accorde qu'une partie ne pourra pas appeler au fond du jugement qui accorde une remise à son adversaire, car il émane du pouvoir discrétionnaire du tribunal, juge souverain de l'opportunité de cette mesure[19]; mais je crois ce jugement susceptible d'appel, s'il a été rendu irrégulièrement dans une cause jugée elle-même en premier ressort, si, par exemple, le tribunal n'était pas en nombre pour le rendre[20], ou si le président a prononcé contre l'opinion de la majorité de ses collègues[21]. On attendra seulement, pour en appeler, que le jugement du fond[22] ait

ment qui donne acte d'une prestation de serment, civ. rej. 7 févr. 1831 (D. A. v° *Jugement*, n° 27).

14 Cbn. C. civ., art. 2123. Voy., sur ce point, t. II, § **799**, et *infrà*, § **1124**.

15 Voy. le tome VI.

16 Voy. *infrà*, § **1069**.

17 Voy. *infrà*, § **1116**.

18 Voy. cep. Metz, 28 févr. 1831 (D. A. v° *Appel civil*, *loc. cit.*).

19 Voy. t. II, §§ **673** et suiv.

20 Voy., sur ce point, t. I, §§ **64** et **72**.

21 Voy., *infrà*, §§ **1059** et suiv.

22 Voy. sur cette expression, *suprà*, § **1045**, notes 8 et 9.

été rendu, car il s'agit là d'une décision préparatoire, et l'on verra au tome VI de ce Traité qu'on ne peut en appeler qu'après le jugement définitif et conjointement avec l'appel de ce dernier. Je crois également qu'une partie pourrait appeler dans les mêmes circonstances du jugement qui donne acte de son propre aveu, si l'on admettait, contre mon opinion, qu'elle peut rétracter cet aveu tant que le tribunal n'en a pas régulièrement donné acte[23]. J'appliquerais la même solution au jugement qui donne acte à une partie de ce que l'autre a reconnu son écriture, si cette reconnaissance, qui, au fond, n'est qu'un aveu, pouvait être rétractée jusqu'à ce que le tribunal en eût donné acte par un jugement rendu régulièrement. Je reviendrai, d'ailleurs, au tome V de ce Traité sur les caractères des jugements susceptibles d'appel.

[23] Voy., sur cette question controversée, t. II, § **693**, note 20.

CHAPITRE PREMIER

FORMES DU JUGEMENT

SOMMAIRE. — § **1049**. Objet de ce chapitre. — § **1050**. I. Les jugements doivent être rendus par des juges siégeant en nombre impair. — § **1051**. II. Quels magistrats ont le droit d'y prendre part. — § **1052**. 1° Ce sont seulement ceux qui ont assisté à toutes les audiences de la cause. — § **1053**. Suite. Application de cette règle aux instances où il est intervenu des jugements d'avant faire droit. — § **1054**. Suite. On peut faire participer au jugement un juge qui n'a pas assisté à toutes les audiences antérieures, en reprenant les conclusions devant lui. — § **1055**. Suite. Nullité, ce cas excepté, des jugements rendus avec le concours de juges qui n'ont pas assisté à toutes les audiences de la cause. — § **1056**. Suite. 2° Ne peuvent prendre part au jugement d'une affaire les juges parents ou alliés, jusqu'à un certain degré, des avocats et avoués qui y ont plaidé ou occupé. — § **1057**. III. Comment les jugements sont rendus. — § **1058**. IV. Position des questions. — § **1059**. V. Comment la majorité se forme dans les tribunaux composés de plusieurs membres. — § **1060**. Suite. 1° Du cas où des juges sont parents ou alliés les uns des autres; confusion des voix. — § **1061**. Suite. Inconvénients qu'elle présente. — § **1062**. Suite. Le jugement doit-il en faire mention à peine de nullité? — § **1063**. Suite. 2° Du cas où il ne se forme pas de majorité. — § **1064**. Suite. *a*) Dans les tribunaux de première instance. — § **1065**. Suite. Obligation pour les juges les plus faibles en nombre de se rallier à l'une des opinions émises par le plus grand nombre; comment, malgré cela, le partage peut se produire. — § **1066**. Suite. Déclaration du partage et manière de le vider. — § **1067**. Suite. Du jugement rendu après partage. — § **1068**. *b*) Dans les tribunaux de commerce. — § **1069**. VI. Rédaction du jugement. — § **1070**. VII. Prononcé du jugement. — § **1071**. Suite. A quel moment il peut avoir lieu. — § **1072**. Suite. Conséquences légales de cette formalité.

§ **1049**. Les règles qui régissent la forme des jugements intéressent en partie l'organisation judiciaire, et un certain nombre d'entre elles ont trouvé place au tome Ier de ce Traité. J'y ai dit par combien de juges et sous quelle présidence les jugements sont rendus dans les tribunaux de première instance et de commerce et dans les conseils de prud'hommes [1], dans quels cas et de quelle manière ces tribunaux doivent se compléter [2].

§ **1049**. [1] §§ **54**, **64** et **72**.
[2] *Ib.*

comment le juge de paix qui statue seul est remplacé en cas d'empêchement[3], et quelles obligations particulières s'ajoutent, pour tout magistrat qui va juger, aux devoirs généraux de son état[4]. J'ai dit aussi, en exposant la théorie des preuves, que la solution du procès est l'œuvre personnelle du juge, qu'il a non-seulement le droit mais encore le devoir de garder jusqu'au bout l'indépendance de son esprit et la liberté de son jugement, qu'il ne doit pas accepter aveuglément les déclarations des témoins et les appréciations des experts[5], que les tribunaux de commerce peuvent seuls nommer des arbitres-rapporteurs chargés de donner un avis sur le fond du procès[6] et de concilier, au besoin, les parties, et que ces tribunaux ne devraient même pas, en bonne justice, accepter si facilement et s'approprier si souvent les conclusions des arbitres qu'ils ont commis[7]. Il me reste : 1° à parler de l'obligation pour les juges de siéger toujours en nombre impair ; 2° à dire quels magistrats ont le droit de prendre part au jugement, comment ils délibèrent, comment ils posent les questions qu'ils ont à résoudre, comment la majorité se forme parmi eux, ce qu'on doit faire lorsqu'elle n'a pu se former, comment le jugement est rédigé et prononcé, et quelles sont les conséquences légales de cette dernière formalité.

§ **1050**. I. La loi du 30 août 1883 dispose que les jugements des tribunaux de première instance seront toujours rendus par des magistrats siégeant en nombre impair, et que, si ces magistrats ont siégé en nombre pair, le dernier d'entre eux dans l'ordre du tableau devra s'abstenir : le tout à peine de nullité[1]. Cette mesure, prise en vue d'éviter le partage dont

[3] §§ **37** et **47**.

[4] Voy., sur l'art de juger, le discours de M. l'avocat général Bertrand à l'audience solennelle de rentrée de la cour de Paris (4 novembre 1884).

[5] T. II, § **726**; aj. *suprà*, §§ **853, 855** et **873**.

[6] T. II, § **556**.

[7] Voy. *suprà*, § **1041**.

§ **1050**. [1] Art. 4. Voy., sur l'application de cet article, crim. cass. 20 juin 1885 (D. P. 85. 1. 476); crim. cass. 24 juill. 1886 (D. P. 86. 1. 477); civ. cass. 23 févr. 1897 (D. P. 97. 1. 408). Le jugement est nul si le juge qui s'est abstenu d'y prendre part n'est pas le dernier dans l'ordre du tableau (Civ. cass. 17 juill. 1893; D. P. 94. 1. 106; S. 97. 1. 31), mais l'obligation pour le dernier de s'abstenir n'existe que si les membres d'un tribunal se trouvent en nombre pair au moment même où ils vont rendre leur jugement (Req. 25 nov. 1896; D. P. 97. 1. 521). Lorsqu'un juge qui n'est pas le dernier sur le tableau, et qui a

il sera parlé aux §§ **1063** et suivants, n'atteint pas toujours son but et présente même un assez grave inconvénient. Elle n'interdit pas aux juges de siéger, mais seulement de juger en nombre pair[2] : or il peut arriver qu'un magistrat assiste inutilement à toutes les audiences en prévision du cas où sa présence serait indispensable pour que le tribunal fût en nombre, et qu'il s'abstienne finalement parce qu'en le comptant le tribunal se trouve composé en nombre impair : et cela, alors que son temps, son savoir et son expérience eûssent pu trouver dans une autre chambre ou dans un autre service un emploi plus utile. Cette règle ne s'applique pas aux tribunaux de commerce qui peuvent statuer en nombre pair, puisque tous leurs membres, quel que soit leur nombre, ont le droit de prendre part au jugement[3].

§ **1051**. II. Il ne suffit pas, pour juger valablement, qu'un tribunal soit régulièrement composé. Il faut encore que les magistrats qui le composent aient le droit de prendre part à son jugement; or ils ne l'ont pas : 1° s'ils n'ont pas assisté à toutes les audiences de la cause; 2° s'ils sont parents ou alliés, au degré déterminé ci-après, des avocats ou des avoués qui ont plaidé ou occupé dans cette cause.

assisté à toutes les audiences antérieures au jugement, n'a pas siégé à celle à laquelle ce jugement a été rendu, on présume qu'il s'est trouvé dans l'impossibilité d'y assister, car on n'a pas le droit de supposer qu'il se soit abstenu volontairement, pour laisser siéger celui de ses collègues qui occupe le dernier rang dans l'ordre du tableau (Civ. rej. 24 déc. 1895, D. P. 96. 1. 237; civ. rej. 30 juill. 1896, D. P. 97. 1. 98, S. 98. 1. 133). D'autre part, le jugement est valablement rendu par des magistrats siégeant en nombre impair, alors même que les deux derniers dans l'ordre du tableau se sont abstenus, l'abstention faisant, dans ces conditions, présumer l'empêchement (Req. 25 nov. 1896; D. P. 97. 1. 521). Comp., sur ces questions, civ. rej. 27 juin 1893 et 30 juill. 1896 (S. 98. 1. 133). L'article 4 de la loi du 30 août 1883 n'est pas applicable à la Martinique, où cette loi n'a pas été promulguée (Crim. rej. 15 nov. 1894; D. P. 96. 1. 563, voy. *ib.* la note de M. Sarrut).

[2] Req. 5 mai 1890 (S. 93. 1. 189). Civ. rej. 24 déc. 1895 (D. P. 96. 1. 237). De là le droit pour les juges suppléants d'assister, avec voix consultative, aux audiences où leur présence n'est pas nécessaire pour compléter le tribunal, dût-il, par leur adjonction, se trouver composé en nombre pair (Voy. t. I, § **58**, note 10).

[3] Glasson, *Note* dans D. P. 86. 2. 69. Montpellier, 28 mars 1890 (D. P. 92. 2. 69; S. 92. 2. 148). Voy., en sens contraire, Douai, 31 janv. 1885, Dijon, 19 janv. 1886 (D. P. 86. 2. 69), Bourges, 29 déc. 1891 (D. P. 92. 2. 176, S. 92. 2. 208), Nancy, 31 janv. 1893 (D. P. 93. 2. 134, S. 93. 2. 95); et, sur la composition des tribunaux de commerce, t. I. § **70**.

§ **1051**. ...

§ **1052**. A. Qu'un juge ne puisse prendre part au jugement d'un procès qu'il n'a pas suivi dans toutes ses phases, c'est une règle de toute justice : juger ainsi, ce serait condamner une partie sans l'avoir entendue[1], et prononcer d'après la connaissance personnelle qu'on a de l'affaire[2]. Aussi la loi du 20 avril 1810, qui n'impose, en pareil cas, l'abstention qu'aux membres des cours d'appel[3], s'applique-t-il également aux tribunaux de première instance[4] et de commerce[5], aux conseils de prud'hommes[6], et même aux juges de paix en ce sens qu'un jugement rendu en justice de paix serait nul si, la cause ayant occupé plusieurs audiences, le juge de paix et ses suppléants y avaient siégé à tour de rôle[7]. Un juge n'a donc pas le droit de prendre part au jugement s'il n'a assisté comme tel[8] à la prise des conclu-

§ **1052**. [1] Voy., sur le droit qu'ont les deux parties d'être entendues, t. II, § **650**. J'y reviendrai, d'ailleurs, au § **1071** en déterminant l'époque à laquelle le jugement peut être valablement rendu. La partie qui fait défaut est, naturellement, déchue du bénéfice de cette règle, mais elle a, du moins, le droit de former opposition au jugement qui la condamne sans qu'elle ait été défendue (Voy. le tome VI).

[2] Contrairement au principe posé t. II, § **726**.

[3] Art. 7.

[4] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 119. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 486 *bis*. Boncenne, *op. cit.*, t. II, p. 378. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. II, n° 245. Bonnier, *op. cit.*, n° 254. La Haye, 28 mai 1819 (D. A. *v° cit.*, n° 36). Crim. rej. 4 déc. 1857 (D. P. 58. 1. 94).

[5] Bruxelles, 14 janv. 1818; civ. cass. 20 janv. 1828; Bruxelles, 15 avr. 1835 (D. A. *v° cit.*, n° 37). Civ. cass. 27 mai 1850 (D. P. 50. 1. 162). Civ. rej. 20 févr. 1872 (D. P. 72. 1. 138).

[6] La question ne paraît pas s'être jamais posée : il est très rare, en effet, que les affaires portées devant les prud'hommes ne se terminent pas à la première audience (Voy., sur ce point, *suprà*, § **1011**).

[7] Cela résulte implicitement d'un arrêt de la cour de cassation (chambre des requêtes) du 18 mars 1873 (D. P. 74. 1. 376), aux termes duquel le juge de paix peut rendre le jugement définitif, après que son suppléant a rendu un jugement d'avant faire droit (Aj. Bioche, *op. cit.*, v° *Juge de paix*, n° 50). On verra au § **1053** qu'il en serait de même, dans un tribunal de première instance ou de commerce ou dans un conseil de prud'hommes, d'un juge qui n'aurait commencé à siéger dans l'affaire qu'après qu'un jugement d'avant faire droit y a été rendu. Cette tolérance, d'ailleurs nécessaire, suppose forcément qu'en principe le juge de paix ne peut connaître d'une affaire sans avoir tenu lui-même les audiences qui ont précédé le jugement.

[8] Un jugement est nul, si l'un des magistrats qui y ont participé n'a assisté aux audiences antérieures que comme membre du ministère public (Civ. cass. 4 déc. 1848, D. P. 49. 1. 138; comp. Paris, 15 mars 1897, D. P. 97. 2. 188). Je rappelle que les officiers du ministère public ne sont pas soumis à la même règle, et que, vu l'indivisibilité du corps dont ils font partie, ils peuvent se remplacer les uns les autres aux différentes audiences auxquelles la même cause a été appelée, fût-elle sujette à communication (Voy. t. I, § **173**). Même solution, *à fortiori*, pour un avocat qui, appelé à compléter le tribunal, n'aurait assisté que comme avocat

sions[9], aux plaidoiries[10], aux réquisitions du ministère public[11], à l'audience où la cause a été mise en délibéré[12], et au rapport qui en a été fait en audience publique[13]. Celui qui, par l'effet du roulement, a passé d'une chambre à une autre[14] ne peut siéger au jugement des affaires commencées dans cette dernière avant qu'il en fît partie[15]; et, comme ceux qui ont composé la chambre des vacations peuvent seuls participer au jugement des affaires commencées par elle et qui se continuent à la rentrée, cette chambre doit se réunir extraordinairement pour en connaître, telle qu'elle était composée pendant les vacances[16]. On verra au § **1167** par quel docu-

aux audiences antérieures, et aurait ensuite siégé comme juge sans que les conclusions eûssent été reprises devant lui (Civ. cass. 14 nov. 1892, D. P. 92. 5. 375, S. 93. 1. 24; voy., sur cette reprise des conclusions, *infrà*, § **1054**).

[9] Civ. cass. 24 avr. 1816 (D. A. *v° cit.*, n° 58). Civ. cass. 6 juin 1826 (D. A. *v° cit.*, n° 41). Req. 22 août 1833 (D. A. *v° cit.*, n° 42). Civ. cass. 23 juin 1834 (D. A. *v° cit.*, n° 58). Civ. cass. 14 févr. 1838 (D. A. *v° cit.*, n° 42). Civ. cass. 2 août 1842 et 10 avr. 1844 (D. A. *v° cit.*, n° 41). Civ. cass. 4 déc. 1848 (D. P. 49. 1. 138). Crim. cass. 5 déc. 1848; civ. cass. 17 août 1852 (D. P. 52. 5. 333). Civ. cass. 6 juin 1855 (D. P. 55. 1. 256). Civ. cass. 25 févr. 1863 (D. P. 63. 1. 72). Civ. cass. 17 août 1864 (D. P. 65. 1. 88). Civ. cass. 23 janv. 1866 (D. P. 66. 1. 214). Civ. cass. 6 févr. 1867 (D. P. 67. 1. 125). Civ. cass. 17 févr. 1868 (D. P. 68. 1. 500). Il résulte implicitement de ces arrêts que les juges qui rendent le jugement définitif ont pu ne pas assister aux audiences qui ont précédé la prise des conclusions au fond, et que le jugement est valablement rendu par des juges qui n'ont assisté ni à l'appel de la cause, ni à la mise au rôle, ni aux conclusions exceptionnelles : ce sont de simples formalités (Voy. notamment, sur les conclusions exceptionnelles, t. II, § **682**), et les juges qui n'y ont pas assisté sont aussi aptes à bien juger que ceux qui faisaient déjà partie du tribunal au moment où elles se sont accomplies. En est-il de même des juges qui n'auraient pas assisté aux audiences où des conclusions ont été prises sur des incidents de procédure? Voy., sur ce point, le § suivant.

[10] Civ. cass. 2 niv. an VII et 13 vend. an IX (D. A. *v° cit.*, n° 41). Civ. cass. 30 mars 1812, 2 janv. et 24 avr. 1816 (D. A. *v° cit.*, n° 58). Civ. cass. 6 juin 1826 (D. A. *v° cit.*, n° 41). Civ. cass. 24 juin 1834 (D. A. *v° cit.*, n° 58). C. cass. de Belgique, 29 oct. 1838 (D. A. *v° cit.*, n° 41). Civ. cass. 6 juin 1855 (D. P. 55. 1. 256). Civ. cass. 21 mai 1856 (D. P. 56. 1. 217). Civ. cass. 6 févr. 1867 (D. P. 67. 1. 125). Civ. cass. 17 févr. 1868 (D. P. 68. 1. 500). Il faut, pour pouvoir juger, qu'un magistrat ait assisté à toutes les plaidoiries et, par conséquent, à toutes les audiences où la cause a été plaidée, en supposant que les plaidoiries aient duré plusieurs jours (Civ. cass. 17 juin 1879; D. P. 79. 1. 432).

[11] Civ. cass. 5 mars 1834 (D. A. *v° cit.*, n° 58). Civ. cass. 6 juill. 1875 (D. P. 77. 5. 270). Civ. cass. 26 août 1884 (D. P. 85. 5. 283).

[12] Civ. cass. 21 avr. 1810 (D. A. v° *Instruction par écrit*, n° 42). Civ. cass. 26 août 1884 (D. P. 85. 5. 283). Civ. cass. 14 nov. 1892 (D. P. 92. 5. 375; S. 93. 1. 24).

[13] Civ. cass. 5 mars 1834 (D. A. v° *Jugement*, *loc. cit.*). Civ. cass. 6 juill. 1875 (D. P. 77. 5. 270).

[14] Voy., sur le roulement dans les tribunaux de première instance, t. I, § **60**. Il n'existe pas dans les tribunaux de commerce (Voy. t. I, § **70**).

[15] Req. 17 mars 1818 (D. A. *v° cit.*, n° 60). Req. 16 janv. 1828 (D. A. *v° cit.*, n° 42).

[16] Civ. rej. 1er juill. 1818; req. 18 août 1818; Amiens, 13 déc. 1824 (D. A. *v° cit.*, n° 60).

ment on peut prouver que les magistrats ont assisté à toutes les audiences de la cause, et si ce document admet la preuve contraire. On risquerait, d'ailleurs, de rendre tout jugement impossible en poussant jusqu'au bout l'application de ce principe — il y a des procès si longs que la composition du tribunal change plusieurs fois pendant leur durée[17]; il y en a même qui, reportés d'une année judiciaire à l'autre, se retrouvent après les vacations devant une chambre renouvelée en partie par le roulement[18] — aussi la pratique a-t-elle imaginé, et la jurisprudence consacré des tempéraments qui concilient l'application du principe avec les nécessités matérielles du cours de la justice.

§ **1053**. *a*. Les jugements d'avant faire droit sont censés diviser l'affaire en autant de phases, dont chacune correspond à une situation nouvelle, en sorte que les juges qui n'ont commencé à siéger qu'après l'un de ces jugements ont le droit de participer, soit à ceux qui peuvent intervenir ensuite, soit au jugement définitif. Ainsi, dans un procès où la preuve testimoniale est admise, un premier jugement a déclaré les faits pertinents, et l'affaire revient à l'audience pour la discussion des témoignages : la question qui se pose actuellement, à savoir si les faits sont prouvés, est entièrement nouvelle, et les juges qui n'ont pas siégé au premier jugement ont qualité pour en connaître[1]. Je ne crois même pas qu'on doive distinguer, à cet égard, entre les décisions interlocutoires qui préjugent le fond et les décisions préparatoires qui ne le préjugent pas, car moins un jugement d'avant faire droit influe sur le fond, moins il est nécessaire que les juges qui statuent au fond y aient pris part[2]; mais il y a deux cas où le

[17] Cela tient moins encore à la longueur naturelle des affaires qu'à l'encombrement des tribunaux les plus occupés, dans lesquels une cause mise au rôle et conclue n'arrive que longtemps après à être plaidée (Voy. t. II, § **687**).

[18] Voy. t. I, § **60**.

§ **1053**. [1] Req. 4 mars 1824 (D. A. *v° cit.*, n° 65). Req. 5 mars 1829 (D. A. *v° cit.*, n° 66). Req. 17 févr. 1864 (D. P. 64. 1. 212). Voy., dans le même sens, Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*; Bonnier, *op. cit.*, n° 254.

[2] Req. 17 germ. an V (D. A. *v° cit.*, n° 66). Rennes, 10 nov. 1807; crim. cass. 9 déc. 1813; civ. rej. 25 mars 1815; req. 5 mars 1829 (D. A. *v° cit.*, n° 65). Req. 6 août 1872 (D. P. 73. 1. 159). Req. 21 juill. 1885 (D. P. 86. 1. 326). Voy., dans le même sens, Colmet-Daage, sur Boitard, *op. et loc. cit.*; et, en sens contraire,

juge qui n'a pas pris part au jugement d'avant faire droit doit s'abstenir de la décision définitive. 1° Si le jugement préparatoire ou interlocutoire n'est intervenu qu'après les plaidoiries, un juge qui n'y a point assisté ne sait rien de la cause, et, par conséquent, ne peut la juger[3]. 2° Il y a parfois un lien si intime entre la question résolue par un jugement d'avant faire droit et celles qui demeurent encore en suspens, qu'un juge n'a pas le droit de statuer sur ces dernières s'il n'a pas siégé au jugement de la première; la cour de cassation a bien fait d'annuler un jugement rendu, après comparution personnelle des parties, par un juge qui n'avait pas assisté à l'audience où le tribunal, ne se trouvant pas assez éclairé par les plaidoiries, avait ordonné que les parties seraient entendues en personne. La cour a jugé avec raison que ce magistrat n'avait pu apprécier les déclarations des parties à leur juste valeur, n'ayant point assisté aux premiers débats, et ne sachant pas nettement en quoi les explications des avocats avaient paru insuffisantes[4]. Quant au jugement des contestations relatives à l'exécution ou à l'interprétation d'un jugement antérieur, il n'est, évidemment, pas nécessaire qu'il soit rendu par les mêmes juges[5].

§ **1054**. *b*. Le juge qui n'a commencé à siéger qu'après les conclusions au fond peut prendre part au jugement, si l'on a eu soin de reprendre ces conclusions devant lui[1] : il est

Boitard, *op. et loc. cit.* Un troisième cas, sur lequel la jurisprudence ne s'est pas prononcée, est celui d'un jugement d'avant faire droit qui n'est ni préparatoire ni interlocutoire, mais définitif au sens indiqué *suprà*, § **1046**, comme les jugements rendus sur les exceptions d'incompétence, de litispendance ou de connexité. On y appliquerait la même règle : 1° pour ne pas rendre le jugement impossible par une rigueur excessive; 2° parce que rien n'empêche de juger le fond en connaissance de cause un juge qui ne s'est pas prononcé sur la compétence du tribunal, ou sur le point de savoir si l'affaire devait être renvoyée pour raison de litispendance ou de connexité.

[3] Civ. cass. 26 prairial an X (D. A. *v° cit.*, n° 67).

[4] Civ. cass. 26 juin 1867 (D. P. 67. 1. 250).

[5] Civ. rej. 20 juill. 1829 (D. A. *v° cit.*, n° 69).

§ **1054**. [1] Req. 9 janv. 1809 (D. A. *v° cit.*, n° 54). Req. 19 août et 26 oct. 1812 (D. A. *v° cit.*, n° 41). Civ. rej. 9 févr. 1812 et 26 août 1818 (D. A. *v° cit.*, n° 54). Req. 20 janv. 1824 (D. A. *v° cit.*, n° 55). Civ. cass. 5 févr. 1825 (D. A. *v° cit.*, n° 54). Civ. cass. 6 juin 1826 (D. A. *v° cit.*, n° 41). Req. 10 août 1826 (D. A. *v° cit.*, n° 54). Civ. cass. 16 janv. 1828 et 25 mai 1835 (D. A. *v° cit.*, n° 41). Civ. cass. 13 mai 1840 (D. A. v° *Cassation*, n° 1103). Civ. cass. 2 août 1842 et 10 avr. 1844 (D. A. v° *Jugement*, n° 41). Req. 17 déc. 1844 (D. P. 45. 4. 329). Crim. cass. 4 déc. 1848 (D. P. 49. 1. 138). Crim. cass. 5 déc. 1848; civ. cass. 17 août

même bon de le faire dès qu'il y a doute — par exemple, en cas d'incident — sur le point de savoir si un juge qui n'a point assisté aux premières audiences de la cause peut participer au jugement[2]. Il faut seulement trois conditions, dans l'espèce, pour que le jugement soit valablement rendu : 1° que les conclusions aient été véritablement reprises; un avoué qui se contenterait de demander acte de la signification du décès de son client[3], ne reprendrait point par cela seul les conclusions de ce dernier, et ne mettrait pas en état de juger le magistrat qui n'aurait pas assisté à l'audience antérieure où elles ont été reprises[4]; 2° que les conclusions aient été de nouveau lues ou déposées par les avoués[5]; la lecture qu'en ferait le greffier en leur absence ne suffirait pas pour autoriser la reprise des débats devant un juge nouveau dans le tribunal[6]; 3° que les parties aient mis ce dernier à même de statuer, en reprenant toutes deux leurs conclusions devant lui. On pourrait croire qu'il statue valablement sur les conclusions de l'une d'elles, et que le jugement sera par défaut comme si l'autre partie n'avait jamais conclu[7]; mais la jurisprudence, plus rigoureuse, prononce, en pareil cas, la nullité du jugement; et je crois qu'elle a raison, car tout autre est une instance engagée par défaut contre une partie qui n'y a pas conclu, tout autre une instance où les deux parties ont pris des conclusions : rien ne peut faire que celle-ci ne soit pas contradictoire, et qu'un juge en décide en connaissance de cause alors qu'il ignore les conclusions d'une des parties[8]. Ces règles conviennent également à la procédure sommaire

1852 (D. P. 52. 5. 333). Civ. cass. 8 août 1859 (D. P. 59. 1. 345). Civ. cass. 25 févr. 1863 (D. P. 63. 1. 72). Civ. cass. 7 août 1867 (D. P. 67. 1. 373). Civ. rej. 21 mars 1869 (D. P. 69. 1. 304). Req. 18 juin 1873 (D. P. 75. 1. 22). Civ. cass. 14 nov. 1892 (D. P. 92. 5. 375; S. 93. 1. 24). Civ. rej. 18 juin 1895 (D. P. 95. 1. 471). Voy., dans le même sens, Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 121 et 122; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Boncenne, *op. cit.*, t. II, p. 379; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*

[2] Voy., sur ce point, *suprà*, même §.

[3] Voy., sur cette hypothèse et sur la reprise d'instance qui peut en résulter, *suprà*, §§ **893** et suiv.

[4] Civ. cass. 8 août 1859 (D. P. 59. 1. 345).

[5] Voy., sur la manière de prendre les conclusions à l'audience, t. II, § **681**.

[6] Civ. cass. 25 févr. 1863 (D. P. 63. 1. 72).

[7] Voy., en ce sens, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 124.

[8] Req. 22 août 1833; civ. cass. 14 févr. 1838 (D. A. *v° cit.*, n° 42). Civ. cass. 24 nov. 1879 (D. P. 80. 1. 105). Voy., sur les cas où le jugement est rendu par défaut, le tome VI.

et à l'instruction par écrit[9]; il a même été jugé, au sujet de cette dernière, que, si un magistrat, appelé à siéger depuis qu'elle est commencée, a reçu communication des pièces du procès et des mémoires échangés entre les parties, il est, par cela seul, en état de juger comme si les conclusions proprement dites eûssent été reprises en sa présence[10].

§ **1055**. *c*. La loi du 20 avril 1810[1] prononce la nullité du jugement auquel un juge a pris part, sans avoir assisté à toutes les audiences où sa présence était de rigueur, à moins que les conclusions n'aient été reprises devant lui : cette nullité est absolue, et les énonciations de ce jugement sont dénuées de valeur juridique[2], mais les parties peuvent renoncer à cette nullité qui n'est établie qu'en leur faveur. 1° Celle qui n'aura pas réclamé contre la composition du tribunal[3], celle qui aura consenti à recommencer sa plaidoirie interrompue par l'installation d'un nouveau juge[4], et celle qui aura répliqué devant lui aux plaidoiries terminées dans une précédente audience[5], ne pourront arguer de l'irrégularité qui s'est produite[6]. 2° S'il y a nullité, elle sera couverte par l'exécution volontaire du jugement[7], et ne pourra être opposée pour la première fois devant la cour de cassation[8].

§ **1056**. B. La loi du 30 août 1883 a créé une nouvelle incapacité de prendre part au jugement : « Ne pourra, à « peine de nullité, être appelé à composer la cour ou le « tribunal tout magistrat titulaire ou suppléant, dont l'un

[9] Civ. rej. 25 avr. 1815; req. 14 mars 1816; civ. rej. 7 janv. 1817; req. 1er févr. 1820, 27 févr. 1821 et 11 nov. 1828 (D. A. *v° cit.*, n° 61). Req. 18 avr. 1831 (D. A. *v° cit.*, n° 62). Req. 24 avr. 1833 (D. A. *v° cit.*, n° 66). Civ. rej. 17 avr. 1839 (D. A. *v° cit.*, n° 63). Req. 25 juin 1840 (D. A. *v° cit.*, n° 61).

[10] Req. 20 oct. 1812 et 16 août 1814 (D. A. *v° et loc. cit.*).

§ **1055**. [1] Art. 7.

[2] Civ. rej. 20 févr. 1872 (D. P. 72. 1. 138). Civ. cass. 9 août 1881 (D. P. 82. 1. 100).

[3] Req. 29 janv. 1812 (D. A. *v° cit.*, n° 45).

[4] Req. 2 et 3 pluv. an XI (D. A. v° *Requête civile*, n° 124).

[5] Req. 4 nov. 1818 (D. A. v° *Jugement*, n° 57).

[6] Voy. encore, dans le même sens, req. 21 août 1833 (D. A. *v° cit.*, n° 45).

[7] Bruxelles, 14 janv. 1818 (D. A. *v° et loc. cit.*).

[8] Crim. rej. 17 août 1811 (D. A. *v° cit.*, n° 47).

« des avocats ou avoués représentant l'une des parties in-
« téressées au procès sera parent ou allié jusqu'au troi-
« sième degré inclusivement »[1]. Quelques abus ont pu justifier jusqu'à un certain point cette innovation, on a vu des avocats plaider devant leur frère ou même devant leur père, et on a cru remarquer qu'ils gagnaient trop souvent leurs causes devant un tribunal ainsi composé[2]; mais il est permis de trouver la loi du 30 août 1883 trop absolue, et de penser qu'il eût suffi d'ajouter cette hypothèse aux cas de récusation dont il est parlé aux §§ 754 et suivants[3]. La disposition nouvelle a, en effet, trois inconvénients : 1° c'est le législateur qui, *à priori* et de parti pris, suspecte de partialité un magistrat en qui les parties qui le connaissent ont peut-être une entière confiance ; 2° le garde des sceaux peut en abuser pour ruiner la situation d'un avocat ou d'un avoué, en nommant au tribunal où il exerce un juge devant lequel il ne peut plus ni plaider ni conclure ; 3° les fils débutaient jadis au barreau sous les yeux de leur père, aspirant quelquefois à lui succéder un jour, et perpétuant, en tout cas, dans leur famille les mœurs judiciaires et les traditions d'honorabilité qui gagnent à l'avocat la confiance de ses clients, au magistrat celle des justiciables. « Il suffira maintenant d'avoir un frère, un oncle
« dans les mêmes conditions pour être obligé de renoncer
« aux habitudes traditionnelles de la famille, de sorte que
« ce qui devrait être un motif de confiance devient une cause

§ 1056. [1] Un amendement présenté devant le Sénat par M. Baragnon tendait à restreindre cette disposition aux parents en ligne directe : il n'a pas été pris en considération (*Journal officiel* de 1883, *Débats du Sénat*, p. 1082 et suiv.). Comp. l'article 40 du projet de loi de 1849 cité *infrà*, note 3.

[2] Voy. le discours de M. Barne au Sénat, à la séance du 27 juillet 1883 (*Journal officiel* de 1883, *Débats du Sénat, loc. cit.*).

[3] La Chambre des députés l'avait pensé ; elle s'était contentée de voter, sur la proposition de M. Chevandier, une disposition ainsi conçue : « Pourra être ré-
« cusé tout juge, parent ou allié jusqu'au troisième degré de l'un des avocats
« ou avoués représentant l'une des parties intéressées au procès » (*Journal officiel* de 1883, *Débats de la Chambre des députés*, p. 1113). Voy., sur les motifs qui ont fait préférer au Sénat une disposition plus radicale, le rapport de M. Tenaille-Saligny (*Journal officiel* du 8 août 1883, annexe n° 344, p. 906) et le discours de M. Barne (*Journal officiel* de 1883, *Débats du Sénat, loc. cit.*). Il y a, d'ailleurs, un précédent : un projet de loi de 1849, sur l'organisation judiciaire, portait qu' « à l'avenir, lorsque des avocats plaident devant une cham-
« bre où siègent comme président ou comme juges quelques-uns de leurs parents
« ou alliés en ligne directe, ceux-ci devront s'abstenir » (Voy., sur ce point, le discours de M. Barne, *Journal officiel* de 1883, *Débats du Sénat, loc. cit.*).

« d'exclusion »[4]. Cette disposition ne s'applique ni aux tribunaux de commerce, ni en justice de paix, ni aux conseils de prud'hommes[5].

§ **1057**. III. Les jugements sont rendus à la pluralité des voix, c'est-à-dire à la majorité absolue[1]. S'ils ne présentent aucune difficulté, comme les jugements de pure forme, de remise ou de donné acte[2], le président les prononce immédiatement en présence de ses collègues qui y adhèrent par leur silence; il les consulte, au besoin, du regard, ou échange quelques mots avec eux; quelquefois ils se lèvent et délibèrent un instant derrière leurs sièges, « au rondeau » comme on dit à Paris. S'ils ne sont pas unanimes, si les questions sont complexes, ou si les termes du jugement demandent réflexion, on procède au scrutin dans la chambre du conseil[3], hors la présence du ministère public et du greffier[4] : le jugement serait nul s'il était prouvé que l'un ou l'autre ont assisté au vote[5]. Le président pose les questions, et détermine l'ordre dans lequel il sera voté sur chacune d'elles; si l'un des juges fait sur ce point quelques objections, le tribunal en décide à la majorité[6]. Le président recueille les voix en commençant par le dernier reçu, pour qu'il ne soit pas influencé par les magistrats les plus anciens. Le rapporteur opine le premier dans les causes qui ont été mises en délibéré sur rapport : il connaît mieux l'affaire que ses collègues, et son avis est de nature à les éclairer. Le président se prononce le der-

[4] Discours de M. Baragnon au Sénat (*Journal officiel* de 1883, *Débats du Sénat*, *loc. cit.*).

[5] Une proposition de loi qui tendait à l'étendre aux tribunaux de commerce n'a pas abouti (Dalloz, *op. cit.*, supp., n° 372).

§ **1057**. [1] Art. 116.

[2] Voy., sur le caractère de ces jugements, *suprà*, § **1048**.

[3] Le secret des délibérations a été prescrit pour la première fois par l'ordonnance du 11 mars 1344 (Art. 14; *Ordonnances des rois de France*, t. II, p. 224), et rétabli par la constitution du 5 fructidor an III (Art. 208). Dans l'intervalle, le décret du 26 juin 1793 avait prescrit aux juges d'opiner publiquement (Art. 1). Aj., sur les différentes manières de rendre un jugement, t. II, § **689**.

[4] *Observations du Tribunat* (Dans Locré, *op. cit.*, t. I, p. 419). Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 134 et 135. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 488 *bis*. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 251.

[5] Rodière, *op. et loc. cit.*

[6] Rodière, *op. et loc. cit.*

nier[7]. Le vote n'a pas lieu au scrutin secret comme dans le jury criminel[8]; chaque juge opine à haute voix, et chaque opinion doit être motivée[9].

§ **1058**. IV. On a beaucoup discuté sur l'ordre dans lequel les questions doivent être posées et résolues, mais je ne vois pas d'intérêt pratique à le déterminer : 1° le secret de la délibération empêche de savoir de quelle manière les questions ont été posées, et comment le tribunal a prononcé sur chacune d'elles[1]; 2° fût-il certain que les questions ont été posées dans un ordre illogique, séparées alors qu'elles devaient être confondues, ou confondues alors qu'il eût fallu les séparer, le tribunal n'aurait méconnu par-là aucun texte de loi ni violé aucun principe essentiel : son jugement échapperait donc, de ce chef, à la censure de la cour de cassation[2]. Un président, doué d'expérience et attentif aux observations de ses collègues, trouvera sans peine le plus sûr moyen de rendre un bon jugement; mais, s'il fallait formuler *à priori* quelques règles, je dirais : 1° qu'on doit poser autant de questions qu'il y a de chefs de demande[3]; 2° que les questions soulevées par une exception ou par une fin de non-valoir ou de non-recevoir doivent passer avant celles qui résultent du fond du procès[4]; 3° qu'il faut grouper ces dernières de manière à obtenir du tribunal une réponse qui rende exactement l'opinion de la majorité de ses membres, et se garder d'une division factice qui semblerait, à première vue, donner des résultats plus sûrs, mais qui n'aboutirait, en définitive, qu'à faire parler le

[7] « Ordonnons que les présidents oyent bénignement les opinions des conseil-« lers en faisant le jugement des procès, et ne dient chose pour quoi leur opinion « puisse être aperçue, jusqu'à ce que tous les conseillers présents au jugement « aient dit leur opinion » (O. 28 oct. 1446, art. 14, *Ordonnances des rois de France*, *op. cit.*, t. XIII, p. 475; voy., sur ce point, Lavielle, *op. cit.*, p. 266 et suiv.).

[8] C. instr. crim., art. 345 et 346.

[9] O. 30 mars 1808, art. 35.

§ **1058**. [1] Allard, *Observations sur le projet de Code de procédure belge*, p. 155 et suiv.

[2] Rodière, *op. et loc. cit.*

[3] Boncenne, *op. cit.*, t. II, p. 398. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 250.

[4] Boncenne, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit.* Voy., sur le caractère des fins de non-valoir et de non-recevoir, et sur les moyens qu'on appelait autrefois fins de non-procéder, t. I, § **387**.

tribunal autrement qu'il ne pense, et à le faire juger autrement qu'il ne veut.

C'est sur ce dernier point qu'il y a le plus de divergences, car un système absolu a été préconisé, qui consisterait à poser autant de questions distinctes que le procès soulève de points de fait et de point de droit. On suppose trois juges, Primus, Secundus et Tertius, et un testament authentique argué de nullité devant eux pour trois motifs : 1° parce que le testateur ne l'a pas dicté; 2° parce qu'il n'a pas signé alors qu'il pouvait le faire; 3° parce qu'il était frappé d'interdiction judiciaire à la date de ce testament[5]. Si Primus est seul d'avis que le testament n'a pas été dicté par le testateur, Secundus que le testateur pouvait signer, Tertius qu'étant interdit judiciairement il n'avait pas le droit de tester, et qu'on leur pose une seule question : *le testament est-il nul?* ils répondront tous *oui*, mais par des raisons différentes : chacun des moyens de nullité sera accepté par un juge et rejeté par deux, et ce jugement qui semble unanime ne sera que l'opinion d'une minorité. Posez, au contraire, séparément les trois questions : *le testament est-il nul, attendu que...?* vous aurez une réponse négative sur chacune d'elles, et le testament sera déclaré valable[6]. L'argument est ingénieux, mais il aboutit à une conclusion qui le condamne, car ce qui n'est pas admissible, c'est qu'un tribunal valide un testament que ses trois

[5] J'emprunte cet exemple bien connu à Bellot (*Op. cit.*, p. 100 et suiv.); je n'y fais qu'un changement. Bellot suppose la question suivante : « L'individu à « qui l'on a nommé un conseil judiciaire est-il capable de tester? » J'aime mieux supposer celle-ci : « L'interdit judiciaire est-il capable de tester? » En effet, il est aujourd'hui certain, il n'a même jamais été sérieusement contesté que l'individu pourvu d'un conseil judiciaire ait le droit de tester, sauf aux parties intéressées à attaquer son testament, en vertu de l'article 901 du Code civil, comme s'il n'était pas sain d'esprit. Il existe, au contraire, une vive controverse sur le point de savoir si l'interdiction judiciaire entraîne de plein droit l'incapacité de tester. Je dis *l'interdiction judiciaire* pour ne rien compliquer, car la validité du testament de l'interdit légal est également contestée. Voy., au besoin, sur ces questions, les autorités citées dans la 1re édition de ce Traité, t. III, § 43, note 12; aj. sur les formalités du testament par acte public, C. civ., art. 971 et suiv., et 980.

[6] Voy., en ce sens, Toullier, *op. cit.*, t. X, n° 140. C'est ce que décide expressément la loi du 29 septembre 1819 sur la procédure civile du canton de Genève : « En procédant au jugement, les juges commenceront par poser les questions de fait et celles de droit soumises à leur examen : ils voteront séparément « sur chacune d'elles; ils ne passeront aux questions de droit qu'après avoir « décidé celles de fait » (Art. 104; voy. le commentaire de Bellot, *op. et loc. cit.*).

membres déclarent nul. Une seule question, par conséquent, leur sera posée : *le testament est-il nul?* Chacun d'eux y répondra affirmativement en indiquant la cause de nullité qu'il y trouve ; et, si, le moment venu de rédiger le jugement, ils ne peuvent se mettre d'accord sur les motifs, il n'y aura ni majorité ni jugement : ce sera le cas de déclarer le partage dont il sera parlé ci-après[7].

Je ne crois même pas qu'on soit tenu de séparer le fait et le droit, et d'en faire l'objet de questions distinctes[8] : qu'on pose une seule question dans l'exemple sur lequel je raisonne, ou qu'on groupe ensemble les deux premières questions qui sont des points de fait, en les isolant de la troisième qui est un point de droit, deux juges feront toujours la loi au troisième. L'article 141, qui recommande d'énoncer à part dans la rédaction du jugement les points de fait et les points de droit, n'est pas une disposition impérative, ou du moins la jurisprudence ne la regarde pas comme telle[9], et cette séparation du fait et du droit, en supposant qu'on l'ait observée, n'indique pas nécessairement que le vote ait porté distinctement sur l'un et sur l'autre, car cette partie de la rédaction des jugements n'est pas l'œuvre du tribunal, mais seulement de l'un des avoués[10].

[7] Boncenne, *op. cit.*, t. II, p. 403 et suiv. Rodière, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. cit.*, n° 256. Le Code d'instruction criminelle de 1810 à également renoncé à faire poser au jury les questions multiples qu'avait imaginées le Code du 3 brumaire an IV. « La première question, disait l'article 374, tend essentiellement « à savoir si le fait qui forme l'objet de l'accusation est constant ou non; la « seconde, si l'accusé est, ou non, convaincu de l'avoir commis ou d'y avoir coo- « péré. Viennent ensuite les questions qui, sur la moralité du fait et le plus « ou moins de gravité du délit, résultent de l'acte d'accusation, de la défense « de l'accusé, ou du débat ». Seulement, le juré qui avait déclaré le fait non constant ou l'accusé non convaincu n'avait plus d'autre déclaration à faire, et sa voix était comptée en faveur de l'accusé dans les questions suivantes (Art. 389 et suiv.). Aujourd'hui, sauf le cas de circonstances aggravantes qui donne lieu à une ou plusieurs questions, le jury est interrogé en ces termes : « L'accusé « est-il coupable d'avoir... avec toutes les circonstances comprises dans l'acte « d'accusation » (C. instr. crim., art. 337 et 338). Voy., sur la manière de poser les questions au jury, Faustin-Hélie, *op. cit.*, t. VIII, nos 3614 et suiv., et le discours du duc Decazes à la Chambre des députés (Séance du 15 décembre 1817; *Journal des Débats* du 18, *Pièces officielles*, p. 1 et 2).

[8] Boncenne, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit.* Voy. cep. Bonnier, *op. et loc. cit.* La distinction du droit et du fait a toujours préoccupé les partisans du jury civil (Voy. t. I, § 43).

[9] Voy. *infrà*, § 1175.

[10] Voy. *infrà*, § 1176.

§ **1059**. De quelque manière que les questions soient posées, il faut une majorité pour les résoudre, et deux complications peuvent se présenter : 1° certains membres du tribunal sont parents les uns des autres jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement; 2° plusieurs opinions se produisent, dont aucune n'a la majorité sur les autres[1].

§ **1060**. A. On sait déjà : 1° que les parents ou alliés jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement ne peuvent être ensemble juges titulaires ou suppléants que dans les tribunaux composés de plus de huit juges, et par dispense expresse du président de la République; 2° qu'on a soin, dans ce cas, de ne pas les faire siéger dans la même chambre; 3° que des avocats ou avoués, parents ou alliés au même degré d'un membre du tribunal, ne peuvent être appelés à le compléter[1]. Il peut arriver, néanmoins, qu'un oubli commis à l'époque du roulement ou l'impossibilité de former autrement une chambre amènent à siéger ensemble des parents ou alliés au degré qui vient d'être indiqué. On ne donne pas alors une voix à chacun d'eux, dans la crainte que l'un d'eux n'ait sur les autres une trop grande influence, et ne dispose, en réalité, de plusieurs suffrages; on suit l'ancien usage de la confusion des voix[2], d'après lequel, supposant que le vote d'un de ces magistrats a pu entraîner celui des autres, on leur attribue à chacun un suffrage s'ils ont voté en sens contraire, et on ne compte leurs voix que pour une s'ils ont opiné dans le même sens. Le Code de procédure est muet sur ce point, mais un avis du conseil d'État, du 23 avril 1807, porte que, « dans le cas où les parents ou alliés jusqu'au degré d'oncle « ou de neveu inclusivement opinent dans le même sens, « l'ancienne règle que leurs voix ne comptent que pour une, « s'ils sont du même avis, doit être observée »[3]. Le silence de la loi du 20 avril 1810 a confirmé la jurisprudence dans

§ **1059**. [1] Cette hypothèse est complexe (Voy. Greffier, *op. cit.*, p. 22 et suiv.; et *infrà*, §§ **1063** et suiv.).

§ **1060**. [1] T. I, § **115**.
[2] Éd. janv. 1681 (Isambert, *op. cit.*, t. XIX, p. 259). Jousse, *De l'administration de la justice civile*, t. I, p. 543.
[3] D. A. v° *Organisation judiciaire*, p. 149.

la pensée que le législateur s'est référé sur ce point aux anciens usages[4], et cette règle est observée non-seulement pour les juges titulaires et suppléants, mais encore pour les avocats et avoués appelés à siéger avec eux[5].

§ **1061**. La confusion des voix prête cependant à plus d'une objection[1] : 1° c'est faire injure aux magistrats que de mettre gratuitement en doute leur indépendance réciproque; 2° c'est causer un grave préjudice à un plaideur que de lui faire perdre sa cause en annulant une partie des voix qu'il a obtenues, alors qu'il eût gagné son procès devant des parents ou alliés plus éloignés d'un seul degré; 3° la confusion des voix est surtout regrettable lorsqu'elle aboutit à mettre un tribunal, qui est cependant en nombre, dans l'impossibilité absolue de rendre aucun jugement. Voici, en effet, les trois conséquences qu'elle entraîne. 1) Si Primus et Secundus plaident devant cinq juges, dont deux sont parents ou alliés l'un de l'autre jusqu'au degré d'oncle et de neveu inclusivement, que Primus ait obtenu deux voix et Secundus trois voix, mais que parmi ces trois voix se trouvent celles des deux parents ou alliés, Secundus n'a, en réalité, que deux voix pour lui, le tribunal est partagé, et l'on procède comme il sera dit ci-après. 2) Si Primus et Secundus plaident devant quatre juges, dont deux soient parents ou alliés d'un troisième jusqu'au degré d'oncle et de neveu inclusivement sans être parents ni alliés entre eux (X est, par exemple, père d'Y et beau-père de Z)[2], ces trois juges n'ont à eux tous qu'une seule voix s'ils ont voté dans le même sens, car, celle de X se confondant avec celle d'Y son parent, et celle de Z se confondant avec celle d'Y son allié, il ne reste, en réalité, que la voix d'Y; le jugement ne se trouve donc plus rendu que par deux juges,

[4] Req. 26 déc. 1820; crim. rej. 2 oct. 1824 (D. A. *v° cit.*, n° 244). Aj. les arrêts cités *infrà*, § **1062**, notes 2 et 6. Voy., dans le même sens, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 113; Boncenne, *op. cit.*, t. II, p. 385; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 246; Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 253; Bonnier, *op. cit.*, n° 259.

[5] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 114. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 254. Crim. cass. 7 nov. 1840 (D. A. *v° cit.*, n° 253).

§ **1061**. [1] Voy., sur ce point, Boncenne, *op. cit.*, t. II, p. 386 et suiv.

[2] Cette hypothèse ne peut se présenter aujourd'hui que dans un tribunal de commerce, puisque les tribunaux de première instance doivent toujours siéger en nombre impair (Voy. *suprà*, § **1050**).

et le tribunal est forcé de se compléter[3]. 3) Si Primus et Secundus plaident devant trois juges dont deux sont parents ou alliés l'un de l'autre jusqu'au degré d'oncle et de neveu inclusivement, ils ne peuvent obtenir jugement, car, s'il arrivait que ces deux juges opinâssent dans le même sens, ils n'auraient qu'une seule voix, et, par conséquent, le tribunal se trouverait réduit à deux juges, alors qu'il ne peut juger valablement qu'au nombre de trois. Dira-t-on, à l'encontre de cette solution, qu'il faut attendre l'issue du scrutin, et ne déclarer le tribunal hors d'état de juger que s'il y a lieu de faire la confusion des voix, c'est-à-dire si les deux parents ou alliés ont voté dans le même sens? Non, car il faut que le *quorum* soit indépendant du résultat du vote, et le tribunal ne peut siéger s'il n'est pas certain, dès le principe, que ses jugements seront, quoi qu'il arrive, rendus par le nombre de voix strictement nécessaire[4].

§ **1062**. Aucune loi ne commande, en principe, de mentionner dans les jugements si des magistrats, parents ou alliés au degré prohibé, ont été du même avis ou d'avis différents[1]. Il y a présomption légale que le tribunal n'a compté leurs voix que pour une s'ils ont voté dans le même sens[2]; cette présomption est même *juris et de jure*[3], car on ne pourrait la combattre qu'en prouvant qu'ils étaient du même avis, et en forçant ainsi le secret des délibérations que les juges eux-mêmes n'ont pas le droit de révéler[4]. Toutefois, il en est autrement si le tribunal n'a pu former une ma-

[3] Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit.* L'ancienne pratique comptait ces trois voix pour deux (Jousse, *op. et loc. cit.*); mais l'opinion enseignée au texte est plus rigoureusement logique, et aussi plus conforme à l'esprit de l'avis du 23 avril 1807, car il est permis de supposer que l'un de ces trois magistrats a eu assez d'influence sur les deux autres pour déterminer leur vote.

[4] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 115. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. et loc. cit.*

§ **1062**. [1] Rodière, *op. et loc. cit.* Req. 29 août 1822 et 19 févr. 1829 (D. A. *v° cit.*, n° 247).

[2] Rodière, *op. et loc. cit.* Crim. rej. 29 déc. 1827 (D. A. v° *Organisation des colonies*, n° 349). Req. 4 nov. 1835 (D. A. v° *Organisation judiciaire*, n° 248). Crim. cass. 7 nov. 1840 (D. A. v° *cit.*, n° 253).

[3] Voy., sur le caractère des présomptions *juris et de jure* qui n'admettent pas la preuve contraire, t. II, § **696**.

[4] T. I, § **140**.

jorité qu'à condition d'attribuer une voix à chacun de ses membres : tout jugement doit porter la preuve de l'existence des conditions requises pour sa validité[5]; or celui-ci n'est valable que si chaque voix a pu compter, et celles des parents ou alliés n'ont pu être comptées séparément que si elles étaient opposées; il faut donc que le jugement en fasse foi. Viole-t-il ainsi le secret des délibérations? Oui, sans aucun doute, s'il révèle l'opinion individuelle des magistrats qui sont en cause; non, s'il indique seulement — et il doit se garder d'aller au-delà — que « MM. X et Y, parents ou alliés « à tel degré, ayant été d'avis différents, leurs deux voix ont « été comptées »[6].

§ **1063**. B. L'hypothèse où le scrutin ne donne pas de majorité doit être envisagée séparément en matière civile et en matière commerciale. Elle pourrait se présenter aussi dans les conseils de prud'hommes, mais ni les tribunaux qui connaissent de l'appel interjeté contre leurs jugements[1], ni la cour de cassation n'en ont encore été saisis, soit que les prud'hommes aient toujours su se mettre d'accord, soit parce qu'une majorité est toujours plus facile à former dans un tribunal qui a toujours statué, comme le leur, en nombre impair[2].

§ **1064**. *a*. Depuis que la loi du 30 août 1883 a prescrit aux tribunaux de première instance de ne juger qu'en nombre impair, et au dernier juge dans l'ordre du tableau de s'abstenir si le tribunal est composé en nombre pair[1], cette complication ne peut se produire que s'il s'est formé plus de deux opinions : avec deux opinions et trois ou cinq juges, la majorité ne peut manquer de s'établir. Il faut donc supposer : ou qu'il y a trois juges et trois opinions qui ont chacune une voix; ou qu'il y a cinq juges avec trois opinions,

[5] Voy., sur cette règle, *infrà*, §§ **1167** et suiv.
[6] Crim. cass. 11 oct. 1822 et 31 oct. 1828; civ. cass. 23 juin 1840 (D. A. *v° cit.*, n° 248). Civ. cass. 7 nov. 1840 (D. A. *v° cit.*, n° 253). Civ. rej. 21 nov. 1866 (D. P. 67. 1. 120).

§ **1063**. [1] Quels sont ces tribunaux? Voy. t. I, § **71**.
[2] Voy., sur ce point, t. I, § **54**; et, sur le partage dans les tribunaux composés en nombre impair, *infrà*, § **1065**.

§ **1064**. [1] Voy. *suprà*, § **1050**.

deux voix pour la première, deux pour la seconde et une pour la troisième[2]. On procède alors ainsi qu'il suit[3].

§ **1065**. 1° On recueille les voix une seconde fois, pour voir si l'un des juges, influencé par le résultat peut-être imprévu du premier tour de scrutin, et désireux d'éviter des complications imminentes, n'abandonnera pas son opinion pour se rallier à l'une des deux autres et former ainsi une majorité. Si ce second vote donne les mêmes résultats que le premier, « les juges plus faibles en nombre sont tenus de se « réunir à l'une des opinions qui ont été émises par le plus « grand nombre »[1] : nécessité singulière où on les met d'adopter une opinion qu'ils croient peut-être absolument fausse; prescription plus étrange encore, quand on les force à changer d'avis sans qu'aucune des autres opinions émises ait obtenu sur la leur la majorité relative[2]. Deux exemples le feront mieux comprendre.

α. Primus demande à Secundus, par application de l'article 1382 du Code civil, 10.000 francs de dommages-intérêts. Le tribunal est composé de cinq juges : deux sont d'avis d'accorder à Primus les 10.000 francs qu'il demande; deux, de lui allouer seulement 5.000 francs; le cinquième, de ne lui rien donner. Ce dernier, seul de son avis, doit l'abandonner pour se rallier à l'une des deux autres opinions; mais, du moins, il cède à la majorité, car il est seul à refuser à Primus les dommages-intérêts qu'il demande, et les quatre autres sont d'accord pour les lui allouer. Je crois qu'il en

[2] Les tribunaux de première instance ne pouvaient siéger autrefois à plus de six juges (Voy. t. 1, § **64**); ils ne peuvent siéger maintenant à plus de cinq.

[3] D'ailleurs la loi du 30 août 1883 n'a pas abrogé les dispositions du Code de procédure relatives à cette matière (Civ. cass. 7 janv. 1885; D. P. 85. 2. 236), et l'on verra au § **1066** qu'elle n'a innové qu'en obligeant d'appeler toujours des départiteurs en nombre pair.

§ **1065**. [1] Art. 117.

[2] M. Greffier disait, au nom de la commission de 1865 : « Imposer aux juges « plus faibles en nombre l'obligation de se réunir à une opinion qu'ils ne par- « tagent pas, c'est faire violence à leur conscience et proclamer comme l'œuvre « d'une majorité certaine une décision qui n'est pas la reproduction vraie de « la pensée des juges : on s'est bien des fois élevé contre ces dispositions de la « loi qui, dans un intérêt difficile à comprendre, blesse à la fois le magistrat « dans la liberté de sa conscience, et la vérité dans sa manifestation juridique » (*Op. cit.*, p. 22).

sera de même si le tribunal n'est composé que de trois juges : le premier accordant les 10.000 francs demandes, le second n'en voulant donner que 5.000, et le troisième repoussant entièrement la demande, celui-ci devra se réunir à l'une des deux autres opinions, car, divisées sur le chiffre, elles forment encore une majorité implicite sur le principe même de la demande. Il est à noter, dans ces deux cas, que le juge tenu d'abandonner son avis a le choix entre les deux autres, et peut se rallier à celui des deux qui s'éloigne le plus du sien. A Rome, il devait se ranger à l'opinion la plus voisine de la sienne : si Primus, dit Ulpien, demande 10.000 sesterces, qu'un juge les accorde, qu'un second en accorde la moitié, et qu'un troisième les refuse absolument, c'est la seconde opinion qui a la majorité, car le juge qui voudrait donner 10.000 sesterces en accorde, à plus forte raison, 5.000, et, par conséquent, son opinion réunit deux voix sur trois[3]. L'article 117 ne se place pas à ce point de vue, et laisse le juge qui est seul de son avis libre de choisir entre les deux autres opinions; et, de fait, s'il trouve que, du moment que Primus a droit à des dommages-intérêts, 5.000 francs sont insuffisants et qu'il faut aller jusqu'à 10.000, pourquoi n'aurait-il pas le droit de les accorder[4]?

[3] « *Si plures arbitri fuerint et diversas sententias dixerint, licebit senten-* « *tiæ eorum non stari; sed, si major pars consentiat, ei stabitur, alioquin* « *pœna committetur. Inde quæritur apud Julianum, si ex tribus arbitris* « *unus quindecim, alius decem, tertius quinque condemnat, cui sententiæ ste-* « *tur? Et Julianus scribit quinque debere præstari, quia in hanc summam* « *omnes consenserunt* » (Dig., L. 27, § 3, *De recept.*, IV, VII).

[4] Boncenne, *op. cit.*, t. II, p. 377. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 247. Bonnier, *op. cit.*, n° 257. M. Glasson donne même plus de latitude au juge qui, se trouvant seul de son avis, est forcé d'y renoncer; il enseigne, dans ses notes sur Boitard et Colmet-Daage (*Op. et loc. cit.*), que ce juge peut non-seulement se rallier à l'opinion qui accorde 10.000 francs ou à celle qui n'en accorde que 5.000, mais encore s'arrêter à une opinion intermédiaire, et accorder, par exemple, 7.500 francs. En effet, dit M. Glasson, il y a une majorité sur le principe des dommages-intérêts, mais il n'y en a pas sur le chiffre, puisque, des deux juges qui admettaient le principe de la condamnation, l'un s'arrêtait à 5.000 francs, tandis que l'autre voulait aller jusqu'à 10.000 : il n'y a donc pas de raison pour que le troisième juge soit tenu de se rallier à un chiffre ou à l'autre. Cette opinion est ingénieuse, mais je ne la crois pas exacte. 1° Elle peut être littéralement conforme au texte de l'article 117, mais elle est contraire à son esprit, car elle aboutit à faire naître le partage que le législateur s'est proposé d'éviter en écrivant cet article. 2° Si cette interprétation devait prévaloir, il faudrait dire aussi que, dans le cas où le même procès est porté devant cinq juges dont deux accordent 10.000 francs de dommages-intérêts, deux n'en accordent que la moitié, et le cinquième les refuse absolument, celui-ci, forcé

β. Primus et Secundus plaident sur la propriété d'un immeuble; Tertius intervient qui s'en prétend aussi propriétaire. Il y a cinq juges : Primus obtient deux voix, Secundus deux, Tertius une : le cinquième juge est tenu d'abandonner son opinion, de se rallier à l'une des deux autres, et de choisir entre le parti de Primus et celui de Secundus. C'est dans ce cas que l'application de l'article 117 est le plus étrange : 1) un juge, convaincu que Tertius est le vrai propriétaire, est forcé de se prononcer entre Primus et Secundus; 2) il faut qu'il abandonne son opinion pour une autre qui n'a pas, même implicitement la majorité, sur la sienne, car, au premier tour de scrutin, Primus et Secundus n'ont eu chacun que deux voix contre trois[5]. Aussi va-t-il de soi que l'article 117 est inapplicable au cas où Primus, Secundus et Tertius se disputent la propriété d'un immeuble devant trois juges, et obtiennent chacun une voix : il n'y a pas alors de juges plus faibles en nombre, et aucun d'eux n'est tenu d'abandonner son opinion[6]. Il en est de même si quatre personnes se disputent la propriété d'un immeuble devant un tribunal de cinq juges, dont deux votent pour Primus, un pour Secundus, un pour Tertius, et le dernier pour Quartus : les deux premiers sont en minorité contre les trois autres réunis, et aucun de ces derniers n'est tenu de sacrifier sa propre opinion à une autre qui n'a pas la majorité sur elle[7]. J'avais donc raison de dire qu'en obligeant les tribunaux de première instance à ne juger qu'en nombre impair, on n'a pas pu faire que le tribunal se trouvât toujours en état de statuer[8].

de renoncer à son avis sur le principe des dommages-intérêts, a le droit de voter pour un nouveau chiffre, celui de 7.500 francs. Or une telle solution serait manifestement contraire au texte même de l'article 117, qui oblige les juges les plus faibles en nombre à se réunir « à l'une des deux opinions qui auront été émises « par le plus grand nombre ». Des difficultés analogues se présenteraient, et devaient être résolues de même, dans le cas où Primus, prétendant élever des constructions gênantes pour le jour de Secundus, trois opinions se produiraient : l'une, que Primus a le droit de bâtir; l'autre, qu'il ne l'a pas; la troisième, qu'il ne peut le faire que jusqu'à une certaine hauteur (Voy., sur ce point, Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*).

[5] Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Greffier, *op. et loc. cit.*

[6] Boncenne, *op. et loc. cit.* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Req. 22 juill. 1818 (D. A. v° *Jugement*, n° 99). *Contrà*, Aix, 22 nov. 1825; Toulouse, 20 nov. 1835 (D. A. v° *cit.*, n° 100).

[7] Procéder autrement, ce serait juger « à la mineure » (Voy., sur ce point, Boncenne, *op. cit.*, t. II, p. 376; Boitard, *op. et loc. cit.*).

[8] Voy., sur ce point, *supra*, § **1050**, et les arrêts cités *supra*, note 6.

§ **1066**. 2° Lorsqu'aucune opinion n'ayant sur les autres une majorité formelle ou implicite, aucun juge n'est tenu de s'y rallier, on déclare le partage en constatant seulement le résultat du vote, sans entrer dans aucun détail sur la manière dont les voix se sont réparties[1]. On dit, en effet, qu'il y a partage de voix ou d'opinions, ou plus brièvement partage, lorsqu'il n'y a ni majorité absolue formée de prime-abord, ni moyen légal d'en faire une[2]. L'article 118 qui s'y réfère est : d'une part, complété par l'article 468 relatif au partage dans les cours d'appel, mais également applicable dans les tribunaux de première instance ; d'autre part, virtuellement modifié par la loi du 30 août 1883[3]. Il résulte de ces textes combi-

§ **1066**. [1] Ce serait violer le secret de la délibération (Carré, *op. cit.*, t. II quest. 491 ; Chauveau, sur Carré, *ib.*; voy., sur ce secret, t. I, § **55**, et *suprà*, § **1062**). Le jugement de partage a l'autorité de la chose jugée, et le tribunal qui l'a rendu ne peut plus, même du consentement des parties, juger au fond sans l'adjonction d'un ou plusieurs départiteurs (Civ. cass. 15 juill. 1829; D. A. *v° cit.*, n° 108).

[2] On dit quelquefois que la formation, dans un tribunal, de plus de deux opinions dont aucune n'a la majorité sur les autres n'est pas le partage, et que celui-ci consiste uniquement dans la formation de deux opinions qui obtiennent chacune le même nombre de voix (Greffier, *op. et loc. cit.*). Les articles 117 et 118 pourraient sembler favorables à cette manière de voir, car ils distinguent le partage du cas où il se forme plus de deux opinions, et la commission de 1865 traitait différemment les deux hypothèses : elle voulait qu'en présence de deux opinions réunissant un nombre égal de suffrages, le juge le moins ancien fût privé de sa voix délibérative, et qu'en présence de plus de deux opinions dont aucune n'a la majorité absolue, le tribunal s'adjoignît trois autres personnes devant lesquelles on recommencerait l'affaire (Greffier, *op. et loc. cit.*). Dans l'état actuel des choses, je ne vois aucun intérêt à refuser le nom de partage à l'hypothèse où il se forme plus de deux opinions. Elle diffère de celle où il ne s'en forme que deux, en ce qu'on oblige les juges les plus faibles en nombre à se réunir à l'une des opinions émises par le plus grand nombre ; mais on vient de voir qu'elle conduit forcément au partage, comme dans le cas où, aucune opinion n'étant plus forte en nombre que les autres, aucun juge n'est tenu d'abandonner la sienne. Les juges qui se trouvent d'accord sur un point, et partagés sur un autre, ne peuvent juger définitivement le premier et déclarer le partage sur le second, si les questions sont connexes (Civ. cass. 12 mars 1834 et 13 févr. 1837 ; D. A. *v° cit.*, n° 101) ; mais il en est autrement si les divers chefs de la contestation sont distincts, et rien n'empêche alors les juges de statuer immédiatement sur ceux où une majorité s'est formée (Civ. cass. 23 nov. 1835, D. A. *v° cit.*, n° 102 ; civ. rej. 21 déc. 1859, D. P. 61. 1. 265).

[3] Art. 4. Le règlement toujours délicat des partages a traversé plusieurs phases. 1° L'ancienne jurisprudence n'avait rien de fixe à cet égard, et suivait alternativement deux procédés autorisés l'un et l'autre par des arrêts de règlement : renvoyer l'affaire à un tribunal voisin, ou départager le tribunal par l'adjonction d'un autre juge ou d'un officier du ministère public (Jousse, *op. et loc. cit.*). 2° La loi du 4 prairial an VI, rendue sous l'empire de la constitution du 5 fructidor an III qui n'instituait par département qu'un tribunal unique et, par conséquent, assez nombreux, prescrivait d'appeler comme départiteurs trois de

nés : 1) qu'on s'adressera, pour vider le partage, aux juges titulaires qui n'auront pas connu de l'affaire[1]; à leur défaut, aux juges suppléants; à leur défaut, aux avocats inscrits au tableau; à leur défaut, aux avoués; 2) que, pour n'être pas soupçonné d'avoir connu d'avance l'opinion des départiteurs,

ses membres n'ayant pas encore connu de l'affaire (Art. 1 ; voy., sur l'organisation judiciaire établie par la constitution du 5 fructidor an III, t. I, § **28**, note 2). 3° Cette règle devint difficile à appliquer sous l'empire de la loi du 27 ventôse an VIII, qui établissait des tribunaux d'arrondissement nécessairement moins nombreux que les anciens tribunaux de département; aussi un avis du conseil d'État, du 17 germinal an IX, déclara-t-il qu'à l'avenir on appellerait comme départiteur un juge ou homme de loi ayant assisté à l'audience (Voy., sur l'organisation judiciaire établie par la loi du 27 ventôse an VIII, t. I, § **28**, note 2). L'article 118 apporte d'utiles améliorations aux législations antérieures en prescrivant : 1° d'appeler comme départiteurs des personnes qui ne connaissent pas encore l'affaire, et n'y apportent, par suite, aucun préjugé ; 2° de suivre parmi ces personnes un ordre rigoureux, qui ne permet pas de croire qu'on les ait choisies à raison de leur opinion supposée; 3° de plaider l'affaire à nouveau devant elles, pour les mettre en état de juger en connaissance de cause. Le partage a, malgré tout, de grands inconvénients : faire des frais et perdre du temps pour se trouver au dernier moment dans l'impossibilité de juger, c'est un résultat fâcheux et, aux yeux de beaucoup de personnes, un échec moral pour la justice, car il ne manque pas de gens malveillants ou superficiels pour voir dans le partage des opinions un aveu d'impuissance, et pour imputer à un travers d'esprit ou au désir de se singulariser des dissentiments qui attestent plutôt la sincérité des magistrats et l'indépendance de leur jugement (Greffier, *op. et loc. cit.*). On a proposé divers moyens d'éviter le partage. Le premier consisterait à donner voix prépondérante au président, mais cette innovation a paru contraire aux règles de notre organisation judiciaire. La commission de 1865 s'était arrêtée à un autre parti : elle distinguait suivant qu'il s'était produit deux ou plus de deux opinions, dont aucune n'avait obtenu la majorité absolue. Dans le premier cas, le jugement ne devait pas faire mention de cet incident, et le dernier juge dans l'ordre du tableau ne devait avoir que voix consultative; dans le second cas, ce procédé avait paru insuffisant, attendu que la retraite d'un des juges pouvait ne pas suffire pour constituer une majorité, et laisser en présence des opinions divisées; aussi le tribunal devait-il s'adjoindre, au nombre de trois, d'autres juges titulaires ou suppléants, des avocats ou des avoués, et plaider à nouveau la cause devant eux; si cette adjonction n'était pas possible, la partie la plus diligente devait présenter requête au premier président de la cour d'appel, afin qu'il désignât un autre tribunal (Greffier, *op. et loc. cit.*). On voit que la loi du 30 août 1883 a pris un autre parti : qu'il y ait ou non partage, le tribunal ne statue qu'en nombre impair, et, par conséquent, le juge le moins ancien n'a jamais, s'ils sont plus de trois, voix délibérative : j'ai indiqué au § **1050** les inconvénients de cette solution. On sait qu'au criminel le partage profite à l'accusé, excepté lorsqu'il s'agit pour le jury de prononcer sur les circonstances atténuantes qui ne sont accordées qu'à la majorité (C. instr. crim., art. 347).

[1] C'est-à-dire aux membres du tribunal tels qu'ils sont portés sur la liste de service dont il est parlé t. I, § **65**, note 2, et qui comprend non-seulement les simples juges mais encore les vice-présidents (Pau, 8 août 1807, D. A. *v° cit.*, n° 134 ; *contrà*, Limoges, 23 avr. 1820, D. A. *v° et loc. cit.*, req. 24 janv. 1883, D. P. 84. 1. 17, voy. *ib.* la note de M. Glasson), et même le président de la chambre qui a déclaré le partage s'il n'y siégeait pas ce jour-là (Req. 17 juill. 1828; D. A. *v° cit.*, n° 131).

on suivra pour toutes ces personnes l'ordre du tableau[5]; 3) qu'elles seront toujours appelées en nombre pair. C'est sur ce point que la loi du 30 août 1883 apporte au Code de procédure une innovation que ses auteurs n'ont peut-être pas prévue. L'article 468, supposant que les juges à départager ont pu siéger en nombre pair, et considérant qu'en fait c'est dans les tribunaux ainsi composés que le partage se produit le plus souvent, prescrivait d'appeler toujours des départiteurs en nombre impair, afin que le tribunal ne se trouvât pas de nouveau composé de magistrats en nombre pair. C'est la règle inverse qu'il faut suivre aujourd'hui, et ce n'est pas un ou trois, mais deux départiteurs, que le tribunal doit appeler pour ne pas se trouver composé en nombre pair : ce qui serait non-seulement contraire à la loi du 30 août 1883[6] mais encore très imprudent, le partage étant surtout à craindre dans les tribunaux où chaque opinion peut réunir le même nombre de voix[7].

§ **1067**. 3° Aucun texte ne fixe le délai dans lequel doit être rendu le jugement qui vide le partage[1], mais il serait contraire à l'esprit de la loi qu'il fût rendu à l'audience où le tribunal a déclaré le partage, et avant que les départiteurs fussent à même de juger en connaissance de cause[2]. Il faut,

[5] Il a cependant été jugé que les membres de la chambre qui a déclaré le partage peuvent, s'ils n'ont pas connu de l'affaire, être appelés comme départiteurs d'après l'ordre du tableau particulier de cette chambre, quand même ils ne seraient pas les plus anciens sur le tableau général du tribunal (Req. 21 août 1848; D. P. 48. 1. 223), et bien qu'ils ne fissent pas encore partie de cette chambre le jour où le jugement de partage a été rendu (Req. 31 mai 1843, D. A. *v° cit.*, n° 132; req. 9 avr. 1850, D. P. 50. 1. 131). Le plus ancien des avocats présents à l'audience peut-il départager le tribunal, alors qu'il n'est pas le plus ancien des avocats inscrits au tableau? La cour de cassation a jugé affirmativement, à condition que les parties y aient donné leur consentement (Civ. rej. 22 mai 1832; D. A. *v° cit.*, n° 120). Cela revient à dire que ce procédé est irrégulier et que le jugement ainsi rendu est entaché de nullité, mais que cette nullité peut se couvrir ainsi qu'il sera dit au § suivant, note 6. Si l'un des magistrats qui ont concouru au jugement de partage se trouve empêché de siéger ou ne fait plus partie du tribunal, on le remplace d'abord suivant les règles posées t. I, § **65**, et on appelle ensuite les départiteurs suivant l'ordre du tableau : le tout à peine de nullité (Civ. cass. 7 janv. 1885; D. P. 85. 1. 236).

[6] Art. 4.

[7] Boitard et Colmet-Daage, *op. et loc. cit.* Glasson, *Note* dans D. P. 84. 1. 17.

§ **1067**. [1] Civ. rej. 6 déc. 1853 (D. P. 54. 5. 456).

[2] Colmar, 7 févr. 1845 (D. P. 45. 4. 330).

tout au contraire, que la cause soit de nouveau conclue, plaidée, et rapportée s'il s'agit d'une instruction par écrit[3]; mais il est clair qu'elle doit se présenter devant eux dans le même état que devant les juges qui en ont déjà connu, et que, le jugement de partage en arrêtant définitivement les termes, les parties ne peuvent plus former de nouvelles demandes, ni le tribunal ordonner de nouveaux moyens d'instruction[4]. Le jugement qui vide le partage fait connaître à quelles personnes on s'est adressé pour départager le tribunal, quel ordre a été suivi parmi elles, et pourquoi celles qu'on a fait siéger ne sont pas les premières dans l'ordre du tableau[5]. Tout ce qui précède est prescrit à peine de nullité[6]. Les juges qui se sont trouvés partagés ne sont pas liés par l'avis qu'ils ont émis, et peuvent se prononcer en sens contraire lors du jugement qui vide le partage[7].

[3] Paris, 19 mars 1816 (D. A. *v° cit.*, n° 136). Le ministère public doit être entendu de nouveau si l'affaire est de communication (Civ. cass. 14 vent. an IV, D. A. *v° cit.*, n° 137; civ. cass. 13 nov. 1849, D. P. 49. 5. 262).

[4] C'est-à-dire que le terrain du litige ne peut être étendu ou déplacé : 1° par les parties qui voudraient poser des conclusions nouvelles, former, par exemple, des demandes reconventionnelles (Nîmes, 22 févr. 1812, Montpellier, 18 juin 1840; D. A. *v° cit.*, n° 107) : 2° par le tribunal lui-même, qui ne peut ordonner un mode d'instruction dont il n'avait pas été question avant le jugement de partage (Rouen, 11 avr. 1809; D. A. v° *Interrogatoire sur faits et articles*, n° 46). Toutefois, rien n'empêche une partie de restreindre ses prétentions, du moment qu'elle ne change pas la question sur laquelle le tribunal a été partagé : elle demandait la nullité d'un testament et, par suite, la restitution de toute la succession; elle peut demander encore cette nullité, mais ne plus conclure qu'à la restitution d'une partie de la succession (Req. 10 mai 1859; D. P. 59. 1. 422). Il est également certain que le tribunal est apte, avec sa nouvelle composition, à statuer sur les incidents qui ne sont ni le fait des parties ni le résultat de l'initiative du juge : que l'instance vienne à être interrompue par le décès d'une partie ou par la cessation des fonctions de son avoué, le tribunal complété par les départiteurs connaîtra, évidemment, de cette complication (Voy., sur ce point, civ. rej. 15 mess. an XI; D. A. v° *Jugement*, n° 139).

[5] Colmar, 5 févr. 1845 (D. P. 45. 4. 330). Il n'est cependant pas nécessaire que le jugement spécifie la cause de l'empêchement (Civ. rej. 4 juill. 1836; D. A. *v° cit.*, n° 124).

[6] Est-ce une nullité d'ordre public? La question est controversée, mais les arrêts les plus récents résolvent cette question négativement. Ils décident : 1° que les parties ne peuvent demander la nullité d'un jugement rendu après partage, après avoir consenti à plaider de nouveau sans que le partage ait été régulièrement déclaré, ou que les départiteurs aient été appelés conformément à la loi (Civ. rej. 22 mai 1832; D. A. *v° cit.*, n° 120) : 2° que ces irrégularités ne peuvent être invoquées pour la première fois devant la cour de cassation (Req. 9 août 1826, D. A. v° *Organisation judiciaire*, n° 161, req. 12 août 1834, D. A. *v° cit.*, n° 189 ; *contrà*, civ. cass. 4 juill. 1822, D. A. v° *Jugement*, n° 121, civ. cass. 15 juill. 1829, D. A. *v° cit.*, n° 108).

[7] Grenoble, 2 août 1808 (D. A. *v° cit.*, n° 112). Leur présence est cependant

§ **1068**. *b*. Le partage peut se produire dans les tribunaux de commerce auxquels ne s'applique pas la loi du 30 août 1883[1], en supposant : 1° dans un tribunal composé en nombre pair, α) deux opinions dont chacune réunit le même nombre de voix; β) trois opinions dont aucune n'est plus faible en nombre, en sorte qu'aucun des juges n'est tenu d'abandonner son avis; γ) trois opinions, deux sans majorité, la troisième plus faible en nombre, et le défenseur de celle-ci se ralliant à celle des deux premières qui étaient en minorité par rapport à l'autre[2]; 2° dans un tribunal composé en nombre impair, trois opinions dont aucune n'a, même implicitement, la majorité sur les autres, en sorte qu'aucun juge n'est tenu de s'y rallier. *Premier exemple :* Primus demandeur, Secundus défendeur, et quatre juges qui opinent, deux pour Primus, deux pour Secundus. *Second exemple :* Primus et Secundus plaident sur la propriété de marchandises dont Tertius, intervenant, se prétend aussi propriétaire; deux juges se prononcent pour Primus, un pour Secundus, un pour Tertius; ces deux derniers ne sont pas tenus de renoncer à leur opinion, car aucun des plaideurs n'a la majorité, Primus n'ayant obtenu que deux voix sur quatre[3]. *Troisième*

nécessaire, et les départiteurs ne pourraient juger sans eux (Paris, 30 juill. 1811. D. A. *v° cit.*, n° 141; Caen, 16 janv. 1843, D. A. *v° cit.*, n° 43); en d'autres termes, le partage n'est vidé régulièrement que par un jugement rendu en présence de tous les magistrats qui ont pris part au jugement de partage et des départiteurs qu'ils se sont adjoints, en sorte que le tribunal composé en vue de vider le partage compte toujours, au moins, un membre de plus que le jour où il l'a déclaré (Civ. cass. 7 janv. 1885; D. P. 85. 1. 236). C'est tellement vrai que les juges qui seraient sortis de la chambre par l'effet du roulement, depuis qu'elle a déclaré le partage, devraient y être rappelés pour le vider (Civ. cass. 31 mars 1851; D. P. 51. 1. 65), et que, si l'un des juges qui ont concouru au jugement qui a déclaré ce partage se trouvait empêché de siéger à celui qui le vide, il devrait être remplacé suivant les règles posées t. I, § **65** (Civ. cass. 11 févr. 1835; D. A. *v° cit.*, n° 121). D'autre part, le tribunal qui a déclaré le partage et désigné un départiteur ne peut vider le partage sans lui, lors même qu'il serait en nombre au jour fixé à cet effet (Paris, 30 juill. 1811; D. A. *v° cit.*, n° 139).

§ **1068**. [1] Voy. *suprà*, § **1050**.

[2] Le partage pourrait encore se produire dans le même cas, si l'on admettait, avec M. Glasson, que, sur trois juges dont l'un accorde la somme demandée, le second la refuse, et le troisième en accorde la moitié, le second, obligé d'abandonner son avis et de reconnaître l'existence de la créance, a le droit de ne se rallier à l'opinion d'aucun de ses collègues sur le chiffre de la condamnation, et d'opiner pour un chiffre intermédiaire (Voy., sur ce point, *suprà*, § **1065**, note 4).

[3] Carré, *op. cit.*, t. II, p. 576, note 1. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 252.

exemple : Primus réclame à Secundus le paiement d'une somme de 10.000 francs; les deux premiers juges sont d'avis qu'elle est due, le troisième qu'il n'est dû que 5.000 francs, le quatrième qu'il n'est rien dû; celui-ci est tenu de renoncer à son avis, car il y a majorité implicite sur l'existence de la dette; s'il se rallie à l'opinion qui n'accorde à Primus que 5.000 francs, il y a partage, car il y a désormais deux voix contre deux[4]. *Quatrième exemple :* Primus, Secundus et Tertius se prétendent tous trois propriétaires de marchandises; les trois juges qui composent le tribunal votent l'un pour Primus, l'autre pour Secundus, le dernier pour Tertius; aucune opinion n'a, même implicitement, la majorité, et, chaque juge ayant le droit de garder la sienne, le partage est inévitable. On suit alors les mêmes règles que dans les tribunaux de première instance, sauf deux exceptions : 1° l'article 468 demeure applicable, les tribunaux de commerce pouvant siéger en nombre pair; on appelle donc des départiteurs en nombre impair[5]; 2° on n'appelle pas en cette qualité des avocats ou des avoués, mais, à défaut de suppléants, des personnes prises dans l'ordre du tableau sur la liste dont il est parlé au § **72**[6].

§ **1069**. VI. Quand le jugement est formé, il faut en arrêter les termes : c'est au président qu'il appartient de le rédiger, à moins que ce soin n'ait été confié au rapporteur[1]. Parfois même ils ont rédigé d'avance un projet de jugement qui sert de base et comme de programme au délibéré. Il peut arriver aussi que, pour gagner du temps et ne pas faire attendre les parties, on arrête une rédaction sommaire et provisoire, sauf à donner ensuite au jugement une forme

[4] Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit. Contrà,* Carré, *op. et loc. cit.*
[5] Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*
[6] Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 241.

§ **1069**. [1] Les jugements doivent, comme les actes de procédure, être rédigés en français. Est-ce à peine de nullité? Voy., pour l'affirmative, crim. cass. 16 févr. 1833 (D. A. *v° cit.*, n° 834); pour la négative, req. 1er mars 1830 (D. A. *v° Arbitrage*, n° 1306). Je ne reproduirai pas ici les raisons que j'ai données en faveur de l'affirmative t. II, § **567**, note 22. Voy. encore, sur l'obligation de rédiger les jugements en langue française, crim. rej. 4 oct. 1810 (D. A. *v° Jugement*, n° 203).

définitive, identique pour le fond, mais mieux étudiée et plus complète[2]. Les seuls jugements qu'on ne soit pas tenu de rédiger par écrit sont ceux qui ordonnent des mesures d'instruction extrêmement simples, comme la suspension de l'audience, la continuation de l'affaire à un autre jour, le délibéré en chambre du conseil, ou la mise des pièces sur le bureau du tribunal[3].

§ **1070**. VII. Il n'y a plus maintenant qu'à prononcer le jugement : c'est le privilège, mais c'est aussi la charge du président; lui présent, aucun autre juge ne pourrait lire le jugement[1]. A quel moment cette formalité peut-elle être remplie, et quel en est l'effet?

§ **1071**. 1° Il n'y a pas de jour fixe où le jugement doive être rendu[1]; il y a seulement un moment psychologique où le tribunal en possession des éléments du litige n'a plus le droit d'en faire attendre la solution : en jugeant plus tôt, il violerait le droit de la défense; en tardant plus longtemps, il commettrait un déni de justice[2].

A. Le tribunal ne peut juger avant que les parties aient pu se faire entendre[3]; le jugement rendu avant l'expiration du délai de l'assignation est nul[4]. Même règle, si le défendeur

[2] Le jugement ne devient irrévocable que par son prononcé à l'audience (Voy. *infrà*, § **1072**), mais, à partir de ce moment, il ne peut être modifié que dans des cas très exceptionnels (Voy. *infrà*, §§ **1118** et suiv.).

[3] Req. 19 juill. 1820 (D. A. *v° cit.*, n° 206). Il en est de même des jugements disciplinaires (Grenoble, 7 juill. 1827, D. A. v° *Avocat*, n° 462; req. 7 juin 1847, D. P. 47. 1. 235).

§ **1070**. [1] C'est une des fonctions qu'il ne peut déléguer, et qui ne passe que s'il est empêché (Voy., sur cette hypothèse, civ. rej. 12 août 1891 ; D. P. 92. 1. 623 ; S. 92. 1. 245) au plus ancien juge dans l'ordre du tableau (T. I, § **68** ; mais un juge qui a assisté à toutes les audiences de la cause (Voy. *suprà*, § **1052**) peut lire le jugement en l'absence de celui qui les a présidées (Civ. rej. 12 août 1891 ; S. 92. 1. 245).

§ **1071**. [1] Voy., sur les diverses manières de rendre un jugement, t. II, § **689**.

[2] Voy., sur le déni de justice, et sur les conséquences qu'il entraîne, t. I, §§ **140** et suiv.

[3] Je dis *les parties*, laissant de côté, comme toujours, le cas où l'une d'elles ferait défaut (Voy., sur ce cas, le tome VI).

[4] Civ. cass. 14 niv. an VIII (D. A. v° *Douanes*, n° 927). Il en est de même, à plus forte raison, si le tribunal rend jugement contre une partie qui n'a pas été assignée devant lui, et qu'il n'a, par conséquent, pas le droit de juger, même par défaut (Civ. cass. 24 mai 1892, D. P. 92. 1. 328, S. 92. 1. 552; voy., sur les

a constitué avoué, pour le jugement rendu avant l'expiration du délai qu'il a pour signifier ses défenses; même règle, si le défendeur a signifié des défenses, pour le jugement rendu avant l'expiration du délai que le demandeur a pour y répondre[5]. Bien plus, le tribunal devant lequel le défendeur a été assigné à jour fixe ne peut, sans assignation nouvelle, rendre jugement à une audience suivante, le défendeur n'étant pas tenu de se présenter chaque jour pour voir s'il plaira au demandeur de faire appeler la cause[6]. L'instruction close et le rôle des parties terminé, la situation change, et rien ne s'oppose plus à ce que le jugement soit rendu. Les tribunaux civils et de commerce jugent sur-le-champ, ou renvoient l'affaire à une autre audience pour en délibérer dans l'intervalle[7]; ils ne sont tenus, dans ce dernier cas, ni d'indiquer le jour où le jugement sera rendu[8], ni de le rendre au jour même qu'ils ont fixé[9]; le délibéré peut se prolonger suivant les exigences de la cause[10], et le jugement peut être rendu, même sans renvoi[11], à une audience plus éloignée que celle qui a été primitivement fixée[12]. Le tribunal peut même avancer le jour où le jugement sera rendu, et le prononcer, s'il est prêt, à une audience plus rapprochée que celle qu'il a d'abord indiquée : le renvoi à tel jour pour rendre le jugement n'étant qu'une mesure d'ordre et de service intérieur,

jugements par défaut et sur les instances dans lesquelles un tribunal peut statuer de cette manière, le tome VI).

[5] Bordeaux, 9 juill. 1828; Paris, 27 août 1829 (D. A. v° *Jugement*, n° 144). Comp. t. II, § **678**.

[6] Lyon, 22 juin 1831 (D. A. v° *Délai*, n° 110). Rennes, 4 déc. 1834 (D. A. v° *Jugement*, *loc. cit.*).

[7] Voy. t. II, § **689**.

[8] L'article 116 dit que « les juges pourront continuer la cause à une des pro« chaines audiences pour prononcer le jugement », mais l'indication d'un jour fixe n'est pas requise à peine de nullité (Rennes, 31 juill. 1809 et 31 août 1810, req. 24 juin 1818; D. A. *v° cit.*, n° 151). Il en est de même de l'article 93, d'après lequel le tribunal qui ordonne un délibéré sur rapport indique le jour où le rapport devra être fait (Voy. t. II, § **689**).

[9] Il peut être rendu pendant les vacations, après que les conclusions et les plaidoiries ont eu lieu au cours de l'année judiciaire (Liège, 20 nov. 1834; D. A. *v° et loc. cit.*).

[10] Req. 31 juill. 1849 (D. P. 49. 5. 260).

[11] Bruxelles, 10 mars 1819 (D. A. *v° cit.*, n° 152). Req. 7 juin 1832 (D. A. *v° cit.*, n° 151).

[12] Civ. rej. 24 vent. an XI (D. A. *v° cit.*, n° 154). Paris, 17 mai 1814 (D. A. *v° cit.*, n° 151). Req. 13 nov. 1834 (D. A. *v° cit.*, n° 82). Trib. de la Seine, 28 avr. 1841 (D. A. v° *Enregistrement*, n° 4697).

les droits de la défense ne sont pas violés du moment que les conclusions ont été prises, les plaidoiries prononcées, et le ministère public entendu s'il y a lieu[13]. Les mêmes règles s'appliquent aux juges de paix et aux conseils de prud'hommes : le décret du 11 juin 1809, aux termes duquel ces derniers statuent « sur-le-champ »[14], ne leur interdit pas de mettre l'affaire en délibéré[15], et l'article 13 autorise expressément le juge de paix à renvoyer son jugement à une autre audience[16].

b) Que le tribunal prenne son temps, c'est l'intérêt même des parties qui l'exige, car plus il réfléchira, plus elles auront de chances d'être bien jugées. Il ne peut cependant les laisser indéfiniment dans l'attente : s'il tarde trop, elles ont le droit de le mettre en demeure au moyen des sommations dont il est parlé au § 140. Le demandeur risquerait même beaucoup à ne pas le faire, car on verra au tome VII de ce Traité qu'après trois ans à partir du dernier acte de procédure la péremption pourrait être prononcée, faute par lui de n'avoir pas suivi l'instance, autant qu'il était en son pouvoir, en sommant le tribunal de prononcer son jugement. L'article 15, encore plus rigoureux, déclare la péremption acquise de plein droit en justice de paix, toutes les fois qu'un jugement interlocutoire ayant été rendu, la solution définitive n'intervient pas dans les quatre mois de ce jugement. En quoi cette péremption consiste-t-elle, par où déroge-t-elle au droit commun, et comment peut-elle se couvrir? On trouvera également au tome VII la réponse à ces questions.

§ 1072. 2° C'est un acte important que le prononcé du jugement, car on voit par l'article 116 : « Les jugements seront « rendus à la pluralité des voix et prononcés sur-le-champ », qu'un jugement rendu est la même chose qu'un jugement prononcé, que ce n'est ni avant ni après, mais à ce moment précis, que le jugement peut être considéré comme acquis, et que, si l'on avait par hasard rempli avant de le prononcer les formalités qui ne s'accomplissent ordinairement qu'après

[13] Req. 28 févr. 1865 (D. P. 65. 1. 420). Metz, 14 janv. 1867 (D. P. 67. 1. 430).
[14] Art. 36.
[15] Voy. cep. Mollot, *op. cit.*, n° 330.
[16] Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 466. Le décret du 26 octobre 1790 obligeait les juges de paix à statuer « incontinent » (Tit. VII, art. 5).

— transcrire le jugement sur la feuille d'audience et le signer — ce ne serait, malgré tout, qu'un projet dépourvu de l'autorité et de la force exécutoire des jugements[1]. De ce principe résultent les conséquences suivantes. 1° Le tribunal peut rétracter son jugement tant qu'il n'est pas prononcé; un de ses membres, pris de scrupule, peut demander un nouveau délibéré où les choses se retrouveront entières, aucun juge n'étant lié par l'opinion qu'il aura précédemment émise[2]. 2° Si le tribunal n'est composé que de trois juges et que l'un d'eux vienne à mourir, ou si le décès d'un juge fait disparaître la majorité qui s'était formée dans le sens du jugement, celui-ci tombe de plein droit : un nouveau délibéré s'ouvre, on procède à un nouveau scrutin, et, si la majorité ne peut se reformer dans aucun sens, il n'y a plus qu'à déclarer le partage et à procéder ainsi qu'il est dit au § **1088**[3]. C'est pour éviter ces complications qu'on se hâte presque toujours de prononcer les jugements dès qu'ils sont arrêtés. 3° Tout le jugement doit être lu, non-seulement le dispositif, mais encore les motifs qui en sont une partie essentielle, et sans lesquels le dispositif manque d'autorité. Si la rédaction n'en est pas définitivement fixée, le président qui lit le dispositif peut et doit y ajouter des motifs suffisants pour le soutenir. Ce principe est constant; le reste est une question de mesure et d'appréciation[4]. 4° Tout jugement, même sur une affaire jugée à huis-clos, doit être prononcé dans la salle d'audience, publiquement et les portes ouvertes, le tout à peine de nullité : je renvoie aux §§ **549** et suivants pour l'application de cette règle et pour les exceptions qu'elle comporte[5]. 5° Le

§ **1072**. [1] Merlin, *Répertoire*, v° *Jugement*, § III, n° III *ter*. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 43, Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 250. Bonnier, *op. cit.*, n° 265. A l'inverse, le jugement est à considérer comme acquis dès qu'il a été prononcé, le président se fût-il réservé (Voy., sur cette hypothèse, *suprà*, § **1069**) de lui donner après coup une forme définitive (Trib. de Rethel, 8 févr. 1893; D. P. 94. 2. 91). D'autre part, il produit son effet dès la première heure du jour où il est prononcé, et, par exemple, un jugement de dissolution de société rendu à cinq heures de l'après-midi annule la cession d'effets à recouvrer qui a été faite à cette société le même jour avant cette heure (Caen, 31 mars 1879; D. A. *v° cit.*, supp., n° 344).

[2] Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. et loc. cit.*

[3] Bonnier, *op. et loc. cit.*

[4] Voy., sur ce point, Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 158 et 160; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 595 *bis;* req. 11 janv. 1892 (D. P. 94. 1. 65; S. 94. 1. 321).

[5] Je ne m'occupe ici que de la juridiction qui s'exerce à l'audience (Voy., sur la publicité en matière de juridiction gracieuse et dans les affaires contentieuses

§ **1066**. 2° Lorsqu'aucune opinion n'ayant sur les autres une majorité formelle ou implicite, aucun juge n'est tenu de s'y rallier, on déclare le partage en constatant seulement le résultat du vote, sans entrer dans aucun détail sur la manière dont les voix se sont réparties[1]. On dit, en effet, qu'il y a partage de voix ou d'opinions, ou plus brièvement partage, lorsqu'il n'y a ni majorité absolue formée de prime-abord, ni moyen légal d'en faire une[2]. L'article 118 qui s'y réfère est : d'une part, complété par l'article 468 relatif au partage dans les cours d'appel, mais également applicable dans les tribunaux de première instance ; d'autre part, virtuellement modifié par la loi du 30 août 1883[3]. Il résulte de ces textes combi-

§ **1066**. [1] Ce serait violer le secret de la délibération (Carré, *op. cit.*, t. II quest. 491 ; Chauveau, sur Carré, *ib.*; voy., sur ce secret, t. I, § **55**, et *suprà*, § **1062**). Le jugement de partage a l'autorité de la chose jugée, et le tribunal qui l'a rendu ne peut plus, même du consentement des parties, juger au fond sans l'adjonction d'un ou plusieurs départiteurs (Civ. cass. 15 juill. 1829; D. A. *v° cit.*, n° 108).

[2] On dit quelquefois que la formation, dans un tribunal, de plus de deux opinions dont aucune n'a la majorité sur les autres n'est pas le partage, et que celui-ci consiste uniquement dans la formation de deux opinions qui obtiennent chacune le même nombre de voix (Greffier, *op. et loc. cit.*). Les articles 117 et 118 pourraient sembler favorables à cette manière de voir, car ils distinguent le partage du cas où il se forme plus de deux opinions, et la commission de 1865 traitait différemment les deux hypothèses : elle voulait qu'en présence de deux opinions réunissant un nombre égal de suffrages, le juge le moins ancien fût privé de sa voix délibérative, et qu'en présence de plus de deux opinions dont aucune n'a la majorité absolue, le tribunal s'adjoignît trois autres personnes devant lesquelles on recommencerait l'affaire (Greffier, *op. et loc. cit.*). Dans l'état actuel des choses, je ne vois aucun intérêt à refuser le nom de partage à l'hypothèse où il se forme plus de deux opinions. Elle diffère de celle où il ne s'en forme que deux, en ce qu'on oblige les juges les plus faibles en nombre à se réunir à l'une des opinions émises par le plus grand nombre ; mais on vient de voir qu'elle conduit forcément au partage, comme dans le cas où, aucune opinion n'étant plus forte en nombre que les autres, aucun juge n'est tenu d'abandonner la sienne. Les juges qui se trouvent d'accord sur un point, et partagés sur un autre, ne peuvent juger définitivement le premier et déclarer le partage sur le second, si les questions sont connexes (Civ. cass. 12 mars 1834 et 13 févr. 1837; D. A. *v° cit.*, n° 101) ; mais il en est autrement si les divers chefs de la contestation sont distincts, et rien n'empêche alors les juges de statuer immédiatement sur ceux où une majorité s'est formée (Civ. cass. 23 nov. 1835, D. A. *v° cit.*, n° 102; civ. rej. 21 déc. 1859, D. P. 61. 1. 265).

[3] Art. 4. Le règlement toujours délicat des partages a traversé plusieurs phases. 1° L'ancienne jurisprudence n'avait rien de fixe à cet égard, et suivait alternativement deux procédés autorisés l'un et l'autre par des arrêts de règlement : renvoyer l'affaire à un tribunal voisin, ou départager le tribunal par l'adjonction d'un autre juge ou d'un officier du ministère public (Jousse, *op. et loc. cit.*). 2° La loi du 4 prairial an VI, rendue sous l'empire de la constitution du 5 fructidor an III qui n'instituait par département qu'un tribunal unique et, par conséquent, assez nombreux, prescrivait d'appeler comme départiteurs trois de

nés : 1) qu'on s'adressera, pour vider le partage, aux juges titulaires qui n'auront pas connu de l'affaire[4]; à leur défaut, aux juges suppléants; à leur défaut, aux avocats inscrits au tableau; à leur défaut, aux avoués; 2) que, pour n'être pas soupçonné d'avoir connu d'avance l'opinion des départiteurs,

ses membres n'ayant pas encore connu de l'affaire (Art. 1 ; voy., sur l'organisation judiciaire établie par la constitution du 5 fructidor an III, t. I, § **28**, note 2). 3° Cette règle devint difficile à appliquer sous l'empire de la loi du 27 ventôse an VIII, qui établissait des tribunaux d'arrondissement nécessairement moins nombreux que les anciens tribunaux de département; aussi un avis du conseil d'État, du 17 germinal an IX, déclara-t-il qu'à l'avenir on appellerait comme départiteur un juge ou homme de loi ayant assisté à l'audience (Voy., sur l'organisation judiciaire établie par la loi du 27 ventôse an VIII, t. I, § **28**, note 2). L'article 118 apporte d'utiles améliorations aux législations antérieures en prescrivant : 1° d'appeler comme départiteurs des personnes qui ne connaissent pas encore l'affaire, et n'y apportent, par suite, aucun préjugé ; 2° de suivre parmi ces personnes un ordre rigoureux, qui ne permet pas de croire qu'on les ait choisies à raison de leur opinion supposée; 3° de plaider l'affaire à nouveau devant elles, pour les mettre en état de juger en connaissance de cause. Le partage a, malgré tout, de grands inconvénients : faire des frais et perdre du temps pour se trouver au dernier moment dans l'impossibilité de juger, c'est un résultat fâcheux et, aux yeux de beaucoup de personnes, un échec moral pour la justice, car il ne manque pas de gens malveillants ou superficiels pour voir dans le partage des opinions un aveu d'impuissance, et pour imputer à un travers d'esprit ou au désir de se singulariser des dissentiments qui attestent plutôt la sincérité des magistrats et l'indépendance de leur jugement (Greffier, *op. et loc. cit.*). On a proposé divers moyens d'éviter le partage. Le premier consisterait à donner voix prépondérante au président, mais cette innovation a paru contraire aux règles de notre organisation judiciaire. La commission de 1865 s'était arrêtée à un autre parti : elle distinguait suivant qu'il s'était produit deux ou plus de deux opinions, dont aucune n'avait obtenu la majorité absolue. Dans le premier cas, le jugement ne devait pas faire mention de cet incident, et le dernier juge dans l'ordre du tableau ne devait avoir que voix consultative; dans le second cas, ce procédé avait paru insuffisant, attendu que la retraite d'un des juges pouvait ne pas suffire pour constituer une majorité, et laisser en présence des opinions divisées; aussi le tribunal devait-il s'adjoindre, au nombre de trois, d'autres juges titulaires ou suppléants, des avocats ou des avoués, et plaider à nouveau la cause devant eux; si cette adjonction n'était pas possible, la partie la plus diligente devait présenter requête au premier président de la cour d'appel, afin qu'il désignât un autre tribunal (Greffier, *op. et loc. cit.*). On voit que la loi du 30 août 1883 a pris un autre parti : qu'il y ait ou non partage, le tribunal ne statue qu'en nombre impair, et, par conséquent, le juge le moins ancien n'a jamais, s'ils sont plus de trois, voix délibérative : j'ai indiqué au § **1050** les inconvénients de cette solution. On sait qu'au criminel le partage profite à l'accusé, excepté lorsqu'il s'agit pour le jury de prononcer sur les circonstances atténuantes qui ne sont accordées qu'à la majorité (C. instr. crim., art. 347).

[4] C'est-à-dire aux membres du tribunal tels qu'ils sont portés sur la liste de service dont il est parlé t. I, § **65**, note 2, et qui comprend non-seulement les simples juges mais encore les vice-présidents (Pau, 8 août 1807, D. A. *v° cit.*, n° 134 ; *contrà*, Limoges, 23 avr. 1820, D. A. *v° et loc. cit.*, req. 24 janv. 1883, D. P. 84. 1. 17, voy. *ib.* la note de M. Glasson), et même le président de la chambre qui a déclaré le partage s'il n'y siégeait pas ce jour-là (Req. 17 juill. 1828; D. A. *v° cit.*, n° 131).

on suivra pour toutes ces personnes l'ordre du tableau[5]; 3) qu'elles seront toujours appelées en nombre pair. C'est sur ce point que la loi du 30 août 1883 apporte au Code de procédure une innovation que ses auteurs n'ont peut-être pas prévue. L'article 468, supposant que les juges à départager ont pu siéger en nombre pair, et considérant qu'en fait c'est dans les tribunaux ainsi composés que le partage se produit le plus souvent, prescrivait d'appeler toujours des départiteurs en nombre impair, afin que le tribunal ne se trouvât pas de nouveau composé de magistrats en nombre pair. C'est la règle inverse qu'il faut suivre aujourd'hui, et ce n'est pas un ou trois, mais deux départiteurs, que le tribunal doit appeler pour ne pas se trouver composé en nombre pair : ce qui serait non-seulement contraire à la loi du 30 août 1883[6] mais encore très imprudent, le partage étant surtout à craindre dans les tribunaux où chaque opinion peut réunir le même nombre de voix[7].

§ **1067**. 3° Aucun texte ne fixe le délai dans lequel doit être rendu le jugement qui vide le partage[1], mais il serait contraire à l'esprit de la loi qu'il fût rendu à l'audience où le tribunal a déclaré le partage, et avant que les départiteurs fûssent à même de juger en connaissance de cause[2]. Il faut,

[5] Il a cependant été jugé que les membres de la chambre qui a déclaré le partage peuvent, s'ils n'ont pas connu de l'affaire, être appelés comme départiteurs d'après l'ordre du tableau particulier de cette chambre, quand même ils ne seraient pas les plus anciens sur le tableau général du tribunal (Req. 21 août 1848 ; D. P. 48. 1. 223), et bien qu'ils ne fissent pas encore partie de cette chambre le jour où le jugement de partage a été rendu (Req. 31 mai 1843, D. A. *v° cit.*, n° 132 ; req. 9 avr. 1850, D. P. 50. 1. 131). Le plus ancien des avocats présents à l'audience peut-il départager le tribunal, alors qu'il n'est pas le plus ancien des avocats inscrits au tableau? La cour de cassation a jugé affirmativement, à condition que les parties y aient donné leur consentement (Civ. rej. 22 mai 1832 ; D. A. *v° cit.*, n° 120). Cela revient à dire que ce procédé est irrégulier et que le jugement ainsi rendu est entaché de nullité, mais que cette nullité peut se couvrir ainsi qu'il sera dit au § suivant, note 6. Si l'un des magistrats qui ont concouru au jugement de partage se trouve empêché de siéger ou ne fait plus partie du tribunal, on le remplace d'abord suivant les règles posées t. I, § **65**, et on appelle ensuite les départiteurs suivant l'ordre du tableau : le tout à peine de nullité (Civ. cass. 7 janv. 1885 ; D. P. 85. 1. 236).

[6] Art. 4.

[7] Boitard et Colmet-Daage, *op. et loc. cit.* Glasson, *Note* dans D. P. 84. 1. 17.

§ **1067**. [1] Civ. rej. 6 déc. 1853 (D. P. 54. 5. 456).

[2] Colmar, 7 févr. 1845 (D. P. 45. 4. 330).

§ **1075**. A. « Tous jugements qui condamnent en des « dommages et intérêts en contiendront la liquidation, ou « ordonneront qu'ils seront donnés par état »[1]. La liquidation des dommages-intérêts consiste à en établir immédiatement le *quantum*, et à y condamner la partie qui les a encourus[2]; la fixation des dommages-intérêts par état consiste à en poser dès maintenant le principe, sauf à en régler ensuite la quotité suivant les règles posées aux §§ **1218** et suivants : l'avantage de ce procédé est d'éviter qu'on ne discute actuellement et qu'on n'établisse à grands frais le chiffre de dommages-intérêts, dont le principe n'est pas encore et ne sera peut-être pas admis. On plaide, d'abord, sur le point de savoir s'il y a lieu d'en accorder : s'ils sont refusés, tout est dit; dans le cas contraire, on les liquide conformément à la loi, mais le jugement qui y condamne en principe, et dit qu'ils seront donnés par état, entraîne dès maintenant l'hypothèque judiciaire dont il sera parlé aux §§ **1123** et suivants, et qu'il importe au créancier d'obtenir le plus tôt possible[3]. Si la liquidation des dommages-intérêts doit se prolonger, la partie qui les obtient peut demander une provision[4]. Une autre solution qui se ren-

qu'un seul jugement (toute autre manière de procéder serait frustratoire; civ. cass. 2 août 1893, D. P. 94. 1. 212; S. 94. 1. 278), et un jugement commun à plusieurs défendeurs en cause dans la même affaire peut être invoqué par le gagnant contre eux tous, même contre ceux à l'égard desquels il n'a pas conclu (Req. 31 oct. 1894; D. P. 95. 1. 123; S. 96. 1. 406), mais les divers chefs d'un jugement sont à considérer comme distincts, au point de vue de la régie de l'enregistrement qui peut percevoir sur lui autant de droits qu'il contient de chefs (Déc. min. fin. 14 sept. 1880, D. A. v° *Jugement*, supp., n° 16; comp. trib. comm. de Laval, 25 janv. 1882, D. P. 83. 3. 31).

§ **1075**. [1] Art. 128.

[2] Le tribunal est libre de choisir entre les deux procédés : du moment qu'il trouve dans le dossier les éléments de la fixation des dommages-intérêts, il a le droit de les évaluer sans recourir à la procédure indiquée pour les liquider (Req. 2 avr. 1849, D. P. 49. 1. 104; req. 30 mai 1859, D. P. 59. 1. 269).

[3] Tissier, *De l'effet des jugements qui portent condamnation à des dommages-intérêts à fixer par état* (Dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, nouv. sér., t. XVII, 1888, p. 537 et suiv.). Il n'est pas indispensable, pour qu'il y ait lieu de liquider des dommages-intérêts, que le jugement y condamne expressément : il suffit qu'il résulte des termes de ce jugement qu'un préjudice a été causé, et qu'il en est dû réparation (Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 544 *bis*; civ. rej. 1839, D. A. v° *Prescription civile*, n° 272). L'article 128 s'applique en matière de délits et de quasi-délits, aussi bien qu'aux dommages-intérêts dus en vertu d'une obligation contractuelle ou quasi-contractuelle (Crim. rej. 7 juill. 1855; D. P. 55. 1. 376).

[4] Bioche, *op. cit.*, v° *Dommages-intérêts*, n° 140.

§ **1068**. *b*. Le partage peut se produire dans les tribunaux de commerce auxquels ne s'applique pas la loi du 30 août 1883[1], en supposant : 1° dans un tribunal composé en nombre pair, α) deux opinions dont chacune réunit le même nombre de voix; β) trois opinions dont aucune n'est plus faible en nombre, en sorte qu'aucun des juges n'est tenu d'abandonner son avis; γ) trois opinions, deux sans majorité, la troisième plus faible en nombre, et le défenseur de celle-ci se ralliant à celle des deux premières qui étaient en minorité par rapport à l'autre[2]; 2° dans un tribunal composé en nombre impair, trois opinions dont aucune n'a, même implicitement, la majorité sur les autres, en sorte qu'aucun juge n'est tenu de s'y rallier. *Premier exemple :* Primus demandeur, Secundus défendeur, et quatre juges qui opinent, deux pour Primus, deux pour Secundus. *Second exemple :* Primus et Secundus plaident sur la propriété de marchandises dont Tertius, intervenant, se prétend aussi propriétaire; deux juges se prononcent pour Primus, un pour Secundus, un pour Tertius; ces deux derniers ne sont pas tenus de renoncer à leur opinion, car aucun des plaideurs n'a la majorité, Primus n'ayant obtenu que deux voix sur quatre[3]. *Troisième*

nécessaire, et les départiteurs ne pourraient juger sans eux (Paris, 30 juill. 1811, D. A. *v° cit.*, n° 141; Caen, 16 janv. 1843, D. A. *v° cit.*, n° 43); en d'autres termes, le partage n'est vidé régulièrement que par un jugement rendu en présence de tous les magistrats qui ont pris part au jugement de partage et des départiteurs qu'ils se sont adjoints, en sorte que le tribunal composé en vue de vider le partage compte toujours, au moins, un membre de plus que le jour où il l'a déclaré (Civ. cass. 7 janv. 1885; D. P. 85. 1. 236). C'est tellement vrai que les juges qui seraient sortis de la chambre par l'effet du roulement, depuis qu'elle a déclaré le partage, devraient y être rappelés pour le vider (Civ. cass. 31 mars 1851; D. P. 51. 1. 65), et que, si l'un des juges qui ont concouru au jugement qui a déclaré ce partage se trouvait empêché de siéger à celui qui le vide, il devrait être remplacé suivant les règles posées t. I, § **65** (Civ. cass. 11 févr. 1835; D. A. *v° cit.*, n° 121). D'autre part, le tribunal qui a déclaré le partage et désigné un départiteur ne peut vider le partage sans lui, lors même qu'il serait en nombre au jour fixé à cet effet (Paris, 30 juill. 1811; D. A. *v° cit.*, n° 139).

§ **1068**. [1] Voy. *suprà*, § **1050**.

[2] Le partage pourrait encore se produire dans le même cas, si l'on admettait, avec M. Glasson, que, sur trois juges dont l'un accorde la somme demandée, le second la refuse, et le troisième en accorde la moitié, le second, obligé d'abandonner son avis et de reconnaître l'existence de la créance, a le droit de ne se rallier à l'opinion d'aucun de ses collègues sur le chiffre de la condamnation, et d'opiner pour un chiffre intermédiaire (Voy., sur ce point, *suprà*, § **1065**, note 4).

[3] Carré, *op. cit.*, t. II, p. 576, note 1. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 252.

exemple : Primus réclame à Secundus le paiement d'une somme de 10.000 francs ; les deux premiers juges sont d'avis qu'elle est due, le troisième qu'il n'est dû que 5.000 francs, le quatrième qu'il n'est rien dû ; celui-ci est tenu de renoncer à son avis, car il y a majorité implicite sur l'existence de la dette ; s'il se rallie à l'opinion qui n'accorde à Primus que 5.000 francs, il y a partage, car il y a désormais deux voix contre deux[4]. *Quatrième exemple :* Primus, Secundus et Tertius se prétendent tous trois propriétaires de marchandises ; les trois juges qui composent le tribunal votent l'un pour Primus, l'autre pour Secundus, le dernier pour Tertius ; aucune opinion n'a, même implicitement, la majorité, et, chaque juge ayant le droit de garder la sienne, le partage est inévitable. On suit alors les mêmes règles que dans les tribunaux de première instance, sauf deux exceptions : 1° l'article 468 demeure applicable, les tribunaux de commerce pouvant siéger en nombre pair ; on appelle donc des départiteurs en nombre impair[5] ; 2° on n'appelle pas en cette qualité des avocats ou des avoués, mais, à défaut de suppléants, des personnes prises dans l'ordre du tableau sur la liste dont il est parlé au § **72**[6].

§ **1069**. VI. Quand le jugement est formé, il faut en arrêter les termes : c'est au président qu'il appartient de le rédiger, à moins que ce soin n'ait été confié au rapporteur[1]. Parfois même ils ont rédigé d'avance un projet de jugement qui sert de base et comme de programme au délibéré. Il peut arriver aussi que, pour gagner du temps et ne pas faire attendre les parties, on arrête une rédaction sommaire et provisoire, sauf à donner ensuite au jugement une forme

[4] Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit. Contrà,* Carré, *op. et loc. cit.*
[5] Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*
[6] Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 241.

§ **1069**. [1] Les jugements doivent, comme les actes de procédure, être rédigés en français. Est-ce à peine de nullité ? Voy., pour l'affirmative, crim. cass. 16 févr. 1833 (D. A. v° *cit.*, n° 834) ; pour la négative, req. 1er mars 1830 (D. A. v° *Arbitrage*, n° 1306). Je ne reproduirai pas ici les raisons que j'ai données en faveur de l'affirmative t. II, § **567**, note 22. Voy. encore, sur l'obligation de rédiger les jugements en langue française, crim. rej. 4 oct. 1810 (D. A. v° *Jugement*, n° 293).

définitive, identique pour le fond, mais mieux étudiée et plus complète[2]. Les seuls jugements qu'on ne soit pas tenu de rédiger par écrit sont ceux qui ordonnent des mesures d'instruction extrêmement simples, comme la suspension de l'audience, la continuation de l'affaire à un autre jour, le délibéré en chambre du conseil, ou la mise des pièces sur le bureau du tribunal[3].

§ **1070**. VII. Il n'y a plus maintenant qu'à prononcer le jugement : c'est le privilège, mais c'est aussi la charge du président; lui présent, aucun autre juge ne pourrait lire le jugement[1]. A quel moment cette formalité peut-elle être remplie, et quel en est l'effet?

§ **1071**. 1° Il n'y a pas de jour fixe où le jugement doive être rendu[1]; il y a seulement un moment psychologique où le tribunal en possession des éléments du litige n'a plus le droit d'en faire attendre la solution : en jugeant plus tôt, il violerait le droit de la défense; en tardant plus longtemps, il commettrait un déni de justice[2].

A. Le tribunal ne peut juger avant que les parties aient pu se faire entendre[3]; le jugement rendu avant l'expiration du délai de l'assignation est nul[4]. Même règle, si le défendeur

[2] Le jugement ne devient irrévocable que par son prononcé à l'audience (Voy. *infrà*, § **1072**), mais, à partir de ce moment, il ne peut être modifié que dans des cas très exceptionnels (Voy. *infrà*, §§ **1118** et suiv.).

[3] Req. 19 juill. 1820 (D. A. *v° cit.*, n° 206). Il en est de même des jugements disciplinaires (Grenoble, 7 juill. 1827, D. A. v° *Avocat*, n° 462; req. 7 juin 1847, D. P. 47. 1. 235).

§ **1070**. [1] C'est une des fonctions qu'il ne peut déléguer, et qui ne passe que s'il est empêché (Voy., sur cette hypothèse, civ. rej. 12 août 1891; D. P. 92. 1. 623; S. 92. 1. 245) au plus ancien juge dans l'ordre du tableau (T. I, § **68**); mais un juge qui a assisté à toutes les audiences de la cause (Voy. *suprà*, § **1052**) peut lire le jugement en l'absence de celui qui les a présidées (Civ. rej. 12 août 1891; S. 92. 1. 245).

§ **1071**. [1] Voy., sur les diverses manières de rendre un jugement, t. II, § **689**.

[2] Voy., sur le déni de justice, et sur les conséquences qu'il entraîne, t. I, §§ **140** et suiv.

[3] Je dis *les parties*, laissant de côté, comme toujours, le cas où l'une d'elles ferait défaut (Voy., sur ce cas, le tome VI).

[4] Civ. cass. 14 niv. an VIII (D. A. v° *Douanes*, n° 927). Il en est de même, à plus forte raison, si le tribunal rend jugement contre une partie qui n'a pas été assignée devant lui, et qu'il n'a, par conséquent, pas le droit de juger, même par défaut (Civ. cass. 24 mai 1892, D. P. 92. 1. 328, S. 92. 1. 552; voy., sur les

a constitué avoué, pour le jugement rendu avant l'expiration du délai qu'il a pour signifier ses défenses; même règle, si le défendeur a signifié des défenses, pour le jugement rendu avant l'expiration du délai que le demandeur a pour y répondre[5]. Bien plus, le tribunal devant lequel le défendeur a été assigné à jour fixe ne peut, sans assignation nouvelle, rendre jugement à une audience suivante, le défendeur n'étant pas tenu de se présenter chaque jour pour voir s'il plaira au demandeur de faire appeler la cause[6]. L'instruction close et le rôle des parties terminé, la situation change, et rien ne s'oppose plus à ce que le jugement soit rendu. Les tribunaux civils et de commerce jugent sur-le-champ, ou renvoient l'affaire à une autre audience pour en délibérer dans l'intervalle[7]; ils ne sont tenus, dans ce dernier cas, ni d'indiquer le jour où le jugement sera rendu[8], ni de le rendre au jour même qu'ils ont fixé[9]; le délibéré peut se prolonger suivant les exigences de la cause[10], et le jugement peut être rendu, même sans renvoi[11], à une audience plus éloignée que celle qui a été primitivement fixée[12]. Le tribunal peut même avancer le jour où le jugement sera rendu, et le prononcer, s'il est prêt, à une audience plus rapprochée que celle qu'il a d'abord indiquée : le renvoi à tel jour pour rendre le jugement n'étant qu'une mesure d'ordre et de service intérieur,

jugements par défaut et sur les instances dans lesquelles un tribunal peut statuer de cette manière, le tome VI).

[5] Bordeaux, 9 juill. 1828; Paris, 27 août 1829 (D. A. v° *Jugement*, n° 144). Comp. t. II, § **678**.

[6] Lyon, 22 juin 1831 (D. A. v° *Délai*, n° 110). Rennes, 4 déc. 1834 (D. A. v° *Jugement*, *loc. cit.*).

[7] Voy. t. II, § **689**.

[8] L'article 116 dit que « les juges pourront continuer la cause à une des pro« chaines audiences pour prononcer le jugement », mais l'indication d'un jour fixe n'est pas requise à peine de nullité (Rennes, 31 juill. 1809 et 31 août 1810, req. 24 juin 1818; D. A. *v° cit.*, n° 151). Il en est de même de l'article 93, d'après lequel le tribunal qui ordonne un délibéré sur rapport indique le jour où le rapport devra être fait (Voy. t. II, § **689**).

[9] Il peut être rendu pendant les vacations, après que les conclusions et les plaidoiries ont eu lieu au cours de l'année judiciaire (Liège, 20 nov. 1834; D. A. *v° et loc. cit.*).

[10] Req. 31 juill. 1849 (D. P. 49. 5. 260).

[11] Bruxelles, 10 mars 1819 (D. A. *v° cit.*, n° 152). Req. 7 juin 1832 (D. A. *v° cit.*, n° 151).

[12] Civ. rej. 24 vent. an XI (D. A. *v° cit.*, n° 154). Paris, 17 mai 1814 (D. A. *v° cit.*, n° 151). Req. 13 nov. 1834 (D. A. *v° cit.*, n° 82). Trib. de la Seine, 28 avr. 1841 (D. A. v° *Enregistrement*, n° 4697).

les droits de la défense ne sont pas violés du moment que les conclusions ont été prises, les plaidoiries prononcées, et le ministère public entendu s'il y a lieu[13]. Les mêmes règles s'appliquent aux juges de paix et aux conseils de prud'hommes : le décret du 11 juin 1809, aux termes duquel ces derniers statuent « sur-le-champ »[14], ne leur interdit pas de mettre l'affaire en délibéré[15], et l'article 13 autorise expressément le juge de paix à renvoyer son jugement à une autre audience[16].

b) Que le tribunal prenne son temps, c'est l'intérêt même des parties qui l'exige, car plus il réfléchira, plus elles auront de chances d'être bien jugées. Il ne peut cependant les laisser indéfiniment dans l'attente : s'il tarde trop, elles ont le droit de le mettre en demeure au moyen des sommations dont il est parlé au § **140**. Le demandeur risquerait même beaucoup à ne pas le faire, car on verra au tome VII de ce Traité qu'après trois ans à partir du dernier acte de procédure la péremption pourrait être prononcée, faute par lui de n'avoir pas suivi l'instance, autant qu'il était en son pouvoir, en sommant le tribunal de prononcer son jugement. L'article 15, encore plus rigoureux, déclare la péremption acquise de plein droit en justice de paix, toutes les fois qu'un jugement interlocutoire ayant été rendu, la solution définitive n'intervient pas dans les quatre mois de ce jugement. En quoi cette péremption consiste-t-elle, par où déroge-t-elle au droit commun, et comment peut-elle se couvrir? On trouvera également au tome VII la réponse à ces questions.

§ **1072**. 2° C'est un acte important que le prononcé du jugement, car on voit par l'article 116 : « Les jugements seront « rendus à la pluralité des voix et prononcés sur-le-champ », qu'un jugement rendu est la même chose qu'un jugement prononcé, que ce n'est ni avant ni après, mais à ce moment précis, que le jugement peut être considéré comme acquis, et que, si l'on avait par hasard rempli avant de le prononcer les formalités qui ne s'accomplissent ordinairement qu'après

[13] Req. 28 févr. 1865 (D. P. 65. 1. 420). Metz, 14 janv. 1867 (D. P. 67. 1. 430).
[14] Art. 36.
[15] Voy. cep. Mollot, *op. cit.*, n° 330.
[16] Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 466. Le décret du 26 octobre 1790 obligeait les juges de paix à statuer « incontinent » (Tit. VII, art. 5).

— transcrire le jugement sur la feuille d'audience et le signer — ce ne serait, malgré tout, qu'un projet dépourvu de l'autorité et de la force exécutoire des jugements[1]. De ce principe résultent les conséquences suivantes. 1° Le tribunal peut rétracter son jugement tant qu'il n'est pas prononcé; un de ses membres, pris de scrupule, peut demander un nouveau délibéré où les choses se retrouveront entières, aucun juge n'étant lié par l'opinion qu'il aura précédemment émise[2]. 2° Si le tribunal n'est composé que de trois juges et que l'un d'eux vienne à mourir, ou si le décès d'un juge fait disparaître la majorité qui s'était formée dans le sens du jugement, celui-ci tombe de plein droit : un nouveau délibéré s'ouvre, on procède à un nouveau scrutin, et, si la majorité ne peut se reformer dans aucun sens, il n'y a plus qu'à déclarer le partage et à procéder ainsi qu'il est dit au § **1088**[3]. C'est pour éviter ces complications qu'on se hâte presque toujours de prononcer les jugements dès qu'ils sont arrêtés. 3° Tout le jugement doit être lu, non-seulement le dispositif, mais encore les motifs qui en sont une partie essentielle, et sans lesquels le dispositif manque d'autorité. Si la rédaction n'en est pas définitivement fixée, le président qui lit le dispositif peut et doit y ajouter des motifs suffisants pour le soutenir. Ce principe est constant; le reste est une question de mesure et d'appréciation[4]. 4° Tout jugement, même sur une affaire jugée à huis-clos, doit être prononcé dans la salle d'audience, publiquement et les portes ouvertes, le tout à peine de nullité : je renvoie aux §§ **549** et suivants pour l'application de cette règle et pour les exceptions qu'elle comporte[5]. 5° Le

§ **1072**. [1] Merlin, *Répertoire*, v° *Jugement*, § III, n° III *ter*. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 43, Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 250. Bonnier, *op. cit.*, n° 265. A l'inverse, le jugement est à considérer comme acquis dès qu'il a été prononcé, le président se fût-il réservé (Voy., sur cette hypothèse, *suprà*, § **1069**) de lui donner après coup une forme définitive (Trib. de Rethel, 8 févr. 1893; D. P. 94. 2. 91). D'autre part, il produit son effet dès la première heure du jour où il est prononcé, et, par exemple, un jugement de dissolution de société rendu à cinq heures de l'après-midi annule la cession d'effets à recouvrer qui a été faite à cette société le même jour avant cette heure (Caen, 31 mars 1879; D. A. *v° cit.*, supp., n° 344).

[2] Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. et loc. cit.*

[3] Bonnier, *op. et loc. cit.*

[4] Voy., sur ce point, Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 158 et 160; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 595 *bis;* req. 11 janv. 1892 (D. P. 94. 1. 65; S. 94. 1. 321).

[5] Je ne m'occupe ici que de la juridiction qui s'exerce à l'audience (Voy., sur la publicité en matière de juridiction gracieuse et dans les affaires contentieuses

§ **1066**. 2° Lorsqu'aucune opinion n'ayant sur les autres une majorité formelle ou implicite, aucun juge n'est tenu de s'y rallier, on déclare le partage en constatant seulement le résultat du vote, sans entrer dans aucun détail sur la manière dont les voix se sont réparties[1]. On dit, en effet, qu'il y a partage de voix ou d'opinions, ou plus brièvement partage, lorsqu'il n'y a ni majorité absolue formée de prime-abord, ni moyen légal d'en faire une[2]. L'article 118 qui s'y réfère est : d'une part, complété par l'article 468 relatif au partage dans les cours d'appel, mais également applicable dans les tribunaux de première instance ; d'autre part, virtuellement modifié par la loi du 30 août 1883[3]. Il résulte de ces textes combi-

§ **1066**. [1] Ce serait violer le secret de la délibération (Carré, *op. cit.*, t. II quest. 491 ; Chauveau, sur Carré, *ib.*: voy., sur ce secret, t. I, § 55, et *suprà*, § **1062**). Le jugement de partage a l'autorité de la chose jugée, et le tribunal qui l'a rendu ne peut plus, même du consentement des parties, juger au fond sans l'adjonction d'un ou plusieurs départiteurs (Civ. cass. 15 juill. 1829; D. A. *v° cit.*, n° 108).

[2] On dit quelquefois que la formation, dans un tribunal, de plus de deux opinions dont aucune n'a la majorité sur les autres n'est pas le partage, et que celui-ci consiste uniquement dans la formation de deux opinions qui obtiennent chacune le même nombre de voix (Greffier, *op. et loc. cit.*). Les articles 117 et 118 pourraient sembler favorables à cette manière de voir, car ils distinguent le partage du cas où il se forme plus de deux opinions, et la commission de 1865 traitait différemment les deux hypothèses : elle voulait qu'en présence de deux opinions réunissant un nombre égal de suffrages, le juge le moins ancien fût privé de sa voix délibérative, et qu'en présence de plus de deux opinions dont aucune n'a la majorité absolue, le tribunal s'adjoignît trois autres personnes devant lesquelles on recommencerait l'affaire (Greffier, *op. et loc. cit.*). Dans l'état actuel des choses, je ne vois aucun intérêt à refuser le nom de partage à l'hypothèse où il se forme plus de deux opinions. Elle diffère de celle où il ne s'en forme que deux, en ce qu'on oblige les juges les plus faibles en nombre à se réunir à l'une des opinions émises par le plus grand nombre ; mais on vient de voir qu'elle conduit forcément au partage, comme dans le cas où, aucune opinion n'étant plus forte en nombre que les autres, aucun juge n'est tenu d'abandonner la sienne. Les juges qui se trouvent d'accord sur un point, et partagés sur un autre, ne peuvent juger définitivement le premier et déclarer le partage sur le second, si les questions sont connexes (Civ. cass. 12 mars 1834 et 13 févr. 1887; D. A. *v° cit.*, n° 101) ; mais il en est autrement si les divers chefs de la contestation sont distincts, et rien n'empêche alors les juges de statuer immédiatement sur ceux où une majorité s'est formée (Civ. cass. 23 nov. 1835, D. A. *v° cit.*, n° 102; civ. rej. 21 déc. 1859, D. P. 61. 1. 265).

[3] Art. 4. Le règlement toujours délicat des partages a traversé plusieurs phases. 1° L'ancienne jurisprudence n'avait rien de fixe à cet égard, et suivait alternativement deux procédés autorisés l'un et l'autre par des arrêts de règlement : renvoyer l'affaire à un tribunal voisin, ou départager le tribunal par l'adjonction d'un autre juge ou d'un officier du ministère public (Jousse, *op. et loc. cit.*). 2° La loi du 4 prairial an VI, rendue sous l'empire de la constitution du 5 fructidor an III qui n'instituait par département qu'un tribunal unique et, par conséquent, assez nombreux, prescrivait d'appeler comme départiteurs trois de

nés : 1) qu'on s'adressera, pour vider le partage, aux juges titulaires qui n'auront pas connu de l'affaire[4]; à leur défaut, aux juges suppléants; à leur défaut, aux avocats inscrits au tableau; à leur défaut, aux avoués; 2) que, pour n'être pas soupçonné d'avoir connu d'avance l'opinion des départiteurs,

ses membres n'ayant pas encore connu de l'affaire (Art. 1; voy., sur l'organisation judiciaire établie par la constitution du 5 fructidor an III, t. I, § **28**, note 2). 3° Cette règle devint difficile à appliquer sous l'empire de la loi du 27 ventôse an VIII, qui établissait des tribunaux d'arrondissement nécessairement moins nombreux que les anciens tribunaux de département; aussi un avis du conseil d'État, du 17 germinal an IX, déclara-t-il qu'à l'avenir on appellerait comme départiteur un juge ou homme de loi ayant assisté à l'audience (Voy., sur l'organisation judiciaire établie par la loi du 27 ventôse an VIII, t. I, § **28**, note 2). L'article 118 apporte d'utiles améliorations aux législations antérieures en prescrivant : 1° d'appeler comme départiteurs des personnes qui ne connaissent pas encore l'affaire, et n'y apportent, par suite, aucun préjugé; 2° de suivre parmi ces personnes un ordre rigoureux, qui ne permet pas de croire qu'on les ait choisies à raison de leur opinion supposée; 3° de plaider l'affaire à nouveau devant elles, pour les mettre en état de juger en connaissance de cause. Le partage a, malgré tout, de grands inconvénients : faire des frais et perdre du temps pour se trouver au dernier moment dans l'impossibilité de juger, c'est un résultat fâcheux et, aux yeux de beaucoup de personnes, un échec moral pour la justice, car il ne manque pas de gens malveillants ou superficiels pour voir dans le partage des opinions un aveu d'impuissance, et pour imputer à un travers d'esprit ou au désir de se singulariser des dissentiments qui attestent plutôt la sincérité des magistrats et l'indépendance de leur jugement (Greffier, *op. et loc. cit.*). On a proposé divers moyens d'éviter le partage. Le premier consisterait à donner voix prépondérante au président, mais cette innovation a paru contraire aux règles de notre organisation judiciaire. La commission de 1865 s'était arrêtée à un autre parti : elle distinguait suivant qu'il s'était produit deux ou plus de deux opinions, dont aucune n'avait obtenu la majorité absolue. Dans le premier cas, le jugement ne devait pas faire mention de cet incident, et le dernier juge dans l'ordre du tableau ne devait avoir que voix consultative; dans le second cas, ce procédé avait paru insuffisant, attendu que la retraite d'un des juges pouvait ne pas suffire pour constituer une majorité, et laisser en présence des opinions divisées; aussi le tribunal devait-il s'adjoindre, au nombre de trois, d'autres juges titulaires ou suppléants, des avocats ou des avoués, et plaider à nouveau la cause devant eux; si cette adjonction n'était pas possible, la partie la plus diligente devait présenter requête au premier président de la cour d'appel, afin qu'il désignât un autre tribunal (Greffier, *op. et loc. cit.*). On voit que la loi du 30 août 1883 a pris un autre parti : qu'il y ait ou non partage, le tribunal ne statue qu'en nombre impair, et, par conséquent, le juge le moins ancien n'a jamais, s'ils sont plus de trois, voix délibérative : j'ai indiqué au § **1050** les inconvénients de cette solution. On sait qu'au criminel le partage profite à l'accusé, excepté lorsqu'il s'agit pour le jury de prononcer sur les circonstances atténuantes qui ne sont accordées qu'à la majorité (C. instr. crim., art. 347).

[4] C'est-à-dire aux membres du tribunal tels qu'ils sont portés sur la liste de service dont il est parlé t. I, § **65**, note 2, et qui comprend non-seulement les simples juges mais encore les vice-présidents (Pau, 8 août 1807, D. A. *v° cit.*, n° 134; *contrà*, Limoges, 23 avr. 1820, D. A. *v° et loc. cit.*, req. 24 janv. 1883, D. P. 84. 1. 17, voy. *ib.* la note de M. Glasson), et même le président de la chambre qui a déclaré le partage s'il n'y siégeait pas ce jour-là (Req. 17 juill. 1828; D. A. *v° cit.*, n° 131).

on suivra pour toutes ces personnes l'ordre du tableau[5]; 3) qu'elles seront toujours appelées en nombre pair. C'est sur ce point que la loi du 30 août 1883 apporte au Code de procédure une innovation que ses auteurs n'ont peut-être pas prévue. L'article 468, supposant que les juges à départager ont pu siéger en nombre pair, et considérant qu'en fait c'est dans les tribunaux ainsi composés que le partage se produit le plus souvent, prescrivait d'appeler toujours des départiteurs en nombre impair, afin que le tribunal ne se trouvât pas de nouveau composé de magistrats en nombre pair. C'est la règle inverse qu'il faut suivre aujourd'hui, et ce n'est pas un ou trois, mais deux départiteurs, que le tribunal doit appeler pour ne pas se trouver composé en nombre pair : ce qui serait non-seulement contraire à la loi du 30 août 1883[6] mais encore très imprudent, le partage étant surtout à craindre dans les tribunaux où chaque opinion peut réunir le même nombre de voix[7].

§ **1067**. 3° Aucun texte ne fixe le délai dans lequel doit être rendu le jugement qui vide le partage[1], mais il serait contraire à l'esprit de la loi qu'il fût rendu à l'audience où le tribunal a déclaré le partage, et avant que les départiteurs fûssent à même de juger en connaissance de cause[2]. Il faut,

[5] Il a cependant été jugé que les membres de la chambre qui a déclaré le partage peuvent, s'ils n'ont pas connu de l'affaire, être appelés comme départiteurs d'après l'ordre du tableau particulier de cette chambre, quand même ils ne seraient pas les plus anciens sur le tableau général du tribunal (Req. 21 août 1848; D. P. 48. 1. 223), et bien qu'ils ne fissent pas encore partie de cette chambre le jour où le jugement de partage a été rendu (Req. 31 mai 1843, D. A. *v° cit.*, n° 132; req. 9 avr. 1850, D. P. 50. 1. 131). Le plus ancien des avocats présents à l'audience peut-il départager le tribunal, alors qu'il n'est pas le plus ancien des avocats inscrits au tableau? La cour de cassation a jugé affirmativement, à condition que les parties y aient donné leur consentement (Civ. rej. 22 mai 1832; D. A. *v° cit.*, n° 120). Cela revient à dire que ce procédé est irrégulier et que le jugement ainsi rendu est entaché de nullité, mais que cette nullité peut se couvrir ainsi qu'il sera dit au § suivant, note 6. Si l'un des magistrats qui ont concouru au jugement de partage se trouve empêché de siéger ou ne fait plus partie du tribunal, on le remplace d'abord suivant les règles posées t. I, § **65**, et on appelle ensuite les départiteurs suivant l'ordre du tableau : le tout à peine de nullité (Civ. cass. 7 janv. 1885; D. P. 85. 1. 236).

[6] Art. 4.

[7] Boitard et Colmet-Daage, *op. et loc. cit.* Glasson, *Note* dans D. P. 84. 1. 17.

§ **1067**. [1] Civ. rej. 6 déc. 1853 (D. P. 54. 5. 456).

[2] Colmar, 7 févr. 1845 (D. P. 45. 4. 330).

tout au contraire, que la cause soit de nouveau conclue, plaidée, et rapportée s'il s'agit d'une instruction par écrit[3]; mais il est clair qu'elle doit se présenter devant eux dans le même état que devant les juges qui en ont déjà connu, et que, le jugement de partage en arrêtant définitivement les termes, les parties ne peuvent plus former de nouvelles demandes, ni le tribunal ordonner de nouveaux moyens d'instruction[4]. Le jugement qui vide le partage fait connaître à quelles personnes on s'est adressé pour départager le tribunal, quel ordre a été suivi parmi elles, et pourquoi celles qu'on a fait siéger ne sont pas les premières dans l'ordre du tableau[5]. Tout ce qui précède est prescrit à peine de nullité[6]. Les juges qui se sont trouvés partagés ne sont pas liés par l'avis qu'ils ont émis, et peuvent se prononcer en sens contraire lors du jugement qui vide le partage[7].

[3] Paris, 19 mars 1816 (D. A. *v° cit.*, n° 136). Le ministère public doit être entendu de nouveau si l'affaire est de communication (Civ. cass. 14 vent. an IV, D. A. *v° cit.*, n° 137; civ. cass. 13 nov. 1849, D. P. 49. 5. 262).

[4] C'est-à-dire que le terrain du litige ne peut être étendu ou déplacé : 1° par les parties qui voudraient poser des conclusions nouvelles, former, par exemple, des demandes reconventionnelles (Nîmes, 22 févr. 1812, Montpellier, 18 juin 1840; D. A. *v° cit.*, n° 107) : 2° par le tribunal lui-même, qui ne peut ordonner un mode d'instruction dont il n'avait pas été question avant le jugement de partage (Rouen, 11 avr. 1809; D. A. v° *Interrogatoire sur faits et articles*, n° 46). Toutefois, rien n'empêche une partie de restreindre ses prétentions, du moment qu'elle ne change pas la question sur laquelle le tribunal a été partagé : elle demandait la nullité d'un testament et, par suite, la restitution de toute la succession; elle peut demander encore cette nullité, mais ne plus conclure qu'à la restitution d'une partie de la succession (Req. 10 mai 1859; D. P. 59. 1. 422). Il est également certain que le tribunal est apte, avec sa nouvelle composition, à statuer sur les incidents qui ne sont ni le fait des parties ni le résultat de l'initiative du juge : que l'instance vienne à être interrompue par le décès d'une partie ou par la cessation des fonctions de son avoué, le tribunal complété par les départiteurs connaîtra, évidemment, de cette complication (Voy., sur ce point, civ. rej. 15 mess. an XI; D. A. v° *Jugement*, n° 139).

[5] Colmar, 5 févr. 1845 (D. P. 45. 4. 330). Il n'est cependant pas nécessaire que le jugement spécifie la cause de l'empêchement (Civ. rej. 4 juill. 1836; D. A. *v° cit.*, n° 124).

[6] Est-ce une nullité d'ordre public? La question est controversée, mais les arrêts les plus récents résolvent cette question négativement. Ils décident : 1° que les parties ne peuvent demander la nullité d'un jugement rendu après partage, après avoir consenti à plaider de nouveau sans que le partage ait été régulièrement déclaré, ou que les départiteurs aient été appelés conformément à la loi (Civ. rej. 22 mai 1832; D. A. *v° cit.*, n° 120); 2° que ces irrégularités ne peuvent être invoquées pour la première fois devant la cour de cassation (Req. 9 août 1826, D. A. v° *Organisation judiciaire*, n° 161, req. 12 août 1834, D. A. *v° cit.*, n° 189; *contrà*, civ. cass. 4 juill. 1822, D. A. v° *Jugement*, n° 121, civ. cass. 15 juill. 1829, D. A. *v° cit.*, n° 108).

[7] Grenoble, 2 août 1808 (D. A. *v° cit.*, n° 112). Leur présence est cependant

§ **1068**. *b*. Le partage peut se produire dans les tribunaux de commerce auxquels ne s'applique pas la loi du 30 août 1883[1], en supposant : 1° dans un tribunal composé en nombre pair, α) deux opinions dont chacune réunit le même nombre de voix; β) trois opinions dont aucune n'est plus faible en nombre, en sorte qu'aucun des juges n'est tenu d'abandonner son avis; γ) trois opinions, deux sans majorité, la troisième plus faible en nombre, et le défenseur de celle-ci se ralliant à celle des deux premières qui étaient en minorité par rapport à l'autre[2]; 2° dans un tribunal composé en nombre impair, trois opinions dont aucune n'a, même implicitement, la majorité sur les autres, en sorte qu'aucun juge n'est tenu de s'y rallier. *Premier exemple :* Primus demandeur, Secundus défendeur, et quatre juges qui opinent, deux pour Primus, deux pour Secundus. *Second exemple :* Primus et Secundus plaident sur la propriété de marchandises dont Tertius, intervenant, se prétend aussi propriétaire; deux juges se prononcent pour Primus, un pour Secundus, un pour Tertius; ces deux derniers ne sont pas tenus de renoncer à leur opinion, car aucun des plaideurs n'a la majorité, Primus n'ayant obtenu que deux voix sur quatre[3]. *Troisième*

nécessaire, et les départiteurs ne pourraient juger sans eux (Paris, 30 juill. 1811, D. A. *v° cit.*, n° 141; Caen, 16 janv. 1843, D. A. *v° cit.*, n° 43); en d'autres termes, le partage n'est vidé régulièrement que par un jugement rendu en présence de tous les magistrats qui ont pris part au jugement de partage et des départiteurs qu'ils se sont adjoints, en sorte que le tribunal composé en vue de vider le partage compte toujours, au moins, un membre de plus que le jour où il l'a déclaré (Civ. cass. 7 janv. 1885; D. P. 85. 1. 236). C'est tellement vrai que les juges qui seraient sortis de la chambre par l'effet du roulement, depuis qu'elle a déclaré le partage, devraient y être rappelés pour le vider (Civ. cass. 31 mars 1851; D. P. 51. 1. 65), et que, si l'un des juges qui ont concouru au jugement qui a déclaré ce partage se trouvait empêché de siéger à celui qui le vide, il devrait être remplacé suivant les règles posées t. I, § **65** (Civ. cass. 11 févr. 1835; D. A. *v° cit.*, n° 121). D'autre part, le tribunal qui a déclaré le partage et désigné un départiteur ne peut vider le partage sans lui, lors même qu'il serait en nombre au jour fixé à cet effet (Paris, 30 juill. 1811; D. A. *v° cit.*, n° 139).

§ **1068**. [1] Voy. *suprà*, § **1050**.

[2] Le partage pourrait encore se produire dans le même cas, si l'on admettait, avec M. Glasson, que, sur trois juges dont l'un accorde la somme demandée, le second la refuse, et le troisième en accorde la moitié, le second, obligé d'abandonner son avis et de reconnaître l'existence de la créance, a le droit de ne se rallier à l'opinion d'aucun de ses collègues sur le chiffre de la condamnation, et d'opiner pour un chiffre intermédiaire (Voy., sur ce point, *suprà*, § **1065**, note 4).

[3] Carré, *op. cit.*, t. II, p. 576, note 1. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 252.

exemple : Primus réclame à Secundus le paiement d'une somme de 10.000 francs; les deux premiers juges sont d'avis qu'elle est due, le troisième qu'il n'est dû que 5.000 francs, le quatrième qu'il n'est rien dû; celui-ci est tenu de renoncer à son avis, car il y a majorité implicite sur l'existence de la dette; s'il se rallie à l'opinion qui n'accorde à Primus que 5.000 francs, il y a partage, car il y a désormais deux voix contre deux[4]. *Quatrième exemple :* Primus, Secundus et Tertius se prétendent tous trois propriétaires de marchandises; les trois juges qui composent le tribunal votent l'un pour Primus, l'autre pour Secundus, le dernier pour Tertius; aucune opinion n'a, même implicitement, la majorité, et, chaque juge ayant le droit de garder la sienne, le partage est inévitable. On suit alors les mêmes règles que dans les tribunaux de première instance, sauf deux exceptions : 1° l'article 468 demeure applicable, les tribunaux de commerce pouvant siéger en nombre pair; on appelle donc des départiteurs en nombre impair[5]; 2° on n'appelle pas en cette qualité des avocats ou des avoués, mais, à défaut de suppléants, des personnes prises dans l'ordre du tableau sur la liste dont il est parlé au § **72**[6].

§ **1069**. VI. Quand le jugement est formé, il faut en arrêter les termes : c'est au président qu'il appartient de le rédiger, à moins que ce soin n'ait été confié au rapporteur[1]. Parfois même ils ont rédigé d'avance un projet de jugement qui sert de base et comme de programme au délibéré. Il peut arriver aussi que, pour gagner du temps et ne pas faire attendre les parties, on arrête une rédaction sommaire et provisoire, sauf à donner ensuite au jugement une forme

[4] Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit. Contrà,* Carré, *op. et loc. cit.*
[5] Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*
[6] Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 241.

§ **1069**. [1] Les jugements doivent, comme les actes de procédure, être rédigés en français. Est-ce à peine de nullité? Voy., pour l'affirmative, crim. cass. 16 févr. 1833 (D. A. *v° cit.*, n° 834); pour la négative, req. 1er mars 1830 (D. A. v° *Arbitrage*, n° 1306). Je ne reproduirai pas ici les raisons que j'ai données en faveur de l'affirmative t. II, § **567**, note 22. Voy. encore, sur l'obligation de rédiger les jugements en langue française, crim. rej. 4 oct. 1810 (D. A. v° *Jugement*, n° 203).

définitive, identique pour le fond, mais mieux étudiée et plus complète[2]. Les seuls jugements qu'on ne soit pas tenu de rédiger par écrit sont ceux qui ordonnent des mesures d'instruction extrêmement simples, comme la suspension de l'audience, la continuation de l'affaire à un autre jour, le délibéré en chambre du conseil, ou la mise des pièces sur le bureau du tribunal[3].

§ **1070**. VII. Il n'y a plus maintenant qu'à prononcer le jugement : c'est le privilège, mais c'est aussi la charge du président; lui présent, aucun autre juge ne pourrait lire le jugement[1]. A quel moment cette formalité peut-elle être remplie, et quel en est l'effet?

§ **1071**. 1° Il n'y a pas de jour fixe où le jugement doive être rendu[1]; il y a seulement un moment psychologique où le tribunal en possession des éléments du litige n'a plus le droit d'en faire attendre la solution : en jugeant plus tôt, il violerait le droit de la défense; en tardant plus longtemps, il commettrait un déni de justice[2].

A. Le tribunal ne peut juger avant que les parties aient pu se faire entendre[3]; le jugement rendu avant l'expiration du délai de l'assignation est nul[4]. Même règle, si le défendeur

[2] Le jugement ne devient irrévocable que par son prononcé à l'audience (Voy. *infrà*, § **1072**), mais, à partir de ce moment, il ne peut être modifié que dans des cas très exceptionnels (Voy. *infrà*, §§ **1118** et suiv.).

[3] Req. 19 juill. 1820 (D. A. *v° cit.*, n° 206). Il en est de même des jugements disciplinaires (Grenoble, 7 juill. 1827, D. A. v° *Avocat*, n° 462; req. 7 juin 1847, D. P. 47. 1. 235).

§ **1070**. [1] C'est une des fonctions qu'il ne peut déléguer, et qui ne passe que s'il est empêché (Voy., sur cette hypothèse, civ. rej. 12 août 1891 ; D. P. 92. 1. 623 ; S. 92. 1. 245) au plus ancien juge dans l'ordre du tableau (T. I, § **68**); mais un juge qui a assisté à toutes les audiences de la cause (Voy. *suprà*, § **1052**) peut lire le jugement en l'absence de celui qui les a présidées (Civ. rej. 12 août 1891 ; S. 92. 1. 245).

§ **1071**. [1] Voy., sur les diverses manières de rendre un jugement, t. II, § **689**.

[2] Voy., sur le déni de justice, et sur les conséquences qu'il entraîne, t. I, §§ **140** et suiv.

[3] Je dis *les parties*, laissant de côté, comme toujours, le cas où l'une d'elles ferait défaut (Voy., sur ce cas, le tome VI).

[4] Civ. cass. 14 niv. an VIII (D. A. v° *Douanes*, n° 927). Il en est de même, à plus forte raison, si le tribunal rend jugement contre une partie qui n'a pas été assignée devant lui, et qu'il n'a, par conséquent, pas le droit de juger, même par défaut (Civ. cass. 24 mai 1892, D. P. 92. 1. 328, S. 92. 1. 552; voy., sur les

a constitué avoué, pour le jugement rendu avant l'expiration du délai qu'il a pour signifier ses défenses; même règle, si le défendeur a signifié des défenses, pour le jugement rendu avant l'expiration du délai que le demandeur a pour y répondre[5]. Bien plus, le tribunal devant lequel le défendeur a été assigné à jour fixe ne peut, sans assignation nouvelle, rendre jugement à une audience suivante, le défendeur n'étant pas tenu de se présenter chaque jour pour voir s'il plaira au demandeur de faire appeler la cause[6]. L'instruction close et le rôle des parties terminé, la situation change, et rien ne s'oppose plus à ce que le jugement soit rendu. Les tribunaux civils et de commerce jugent sur-le-champ, ou renvoient l'affaire à une autre audience pour en délibérer dans l'intervalle[7]; ils ne sont tenus, dans ce dernier cas, ni d'indiquer le jour où le jugement sera rendu[8], ni de le rendre au jour même qu'ils ont fixé[9]; le délibéré peut se prolonger suivant les exigences de la cause[10], et le jugement peut être rendu, même sans renvoi[11], à une audience plus éloignée que celle qui a été primitivement fixée[12]. Le tribunal peut même avancer le jour où le jugement sera rendu, et le prononcer, s'il est prêt, à une audience plus rapprochée que celle qu'il a d'abord indiquée : le renvoi à tel jour pour rendre le jugement n'étant qu'une mesure d'ordre et de service intérieur,

jugements par défaut et sur les instances dans lesquelles un tribunal peut statuer de cette manière, le tome VI).

[5] Bordeaux, 9 juill. 1828; Paris, 27 août 1829 (D. A. v° *Jugement*, n° 144). Comp. t. II, § **678**.

[6] Lyon, 22 juin 1831 (D. A. v° *Délai*, n° 110). Rennes, 4 déc. 1834 (D. A. v° *Jugement*, *loc. cit.*).

[7] Voy. t. II, § **689**.

[8] L'article 116 dit que « les juges pourront continuer la cause à une des pro- « chaines audiences pour prononcer le jugement », mais l'indication d'un jour fixe n'est pas requise à peine de nullité (Rennes, 31 juill. 1809 et 31 août 1810, req. 24 juin 1818; D. A. *v° cit.*, n° 151). Il en est de même de l'article 93, d'après lequel le tribunal qui ordonne un délibéré sur rapport indique le jour où le rapport devra être fait (Voy. t. II, § **689**).

[9] Il peut être rendu pendant les vacations, après que les conclusions et les plaidoiries ont eu lieu au cours de l'année judiciaire (Liège, 20 nov. 1834; D. A. *v° et loc. cit.*).

[10] Req. 31 juill. 1849 (D. P. 49. 5. 260).

[11] Bruxelles, 10 mars 1819 (D. A. *v° cit.*, n° 152). Req. 7 juin 1832 (D. A. *v° cit.*, n° 151).

[12] Civ. rej. 24 vent. an XI (D. A. *v° cit.*, n° 154). Paris, 17 mai 1814 (D. A. *v° cit.*, n° 151). Req. 13 nov. 1834 (D. A. *v° cit.*, n° 82). Trib. de la Seine, 28 avr. 1841 (D. A. v° *Enregistrement*, n° 4697).

les droits de la défense ne sont pas violés du moment que les conclusions ont été prises, les plaidoiries prononcées, et le ministère public entendu s'il y a lieu[13]. Les mêmes règles s'appliquent aux juges de paix et aux conseils de prud'hommes : le décret du 11 juin 1809, aux termes duquel ces derniers statuent « sur-le-champ »[14], ne leur interdit pas de mettre l'affaire en délibéré[15], et l'article 13 autorise expressément le juge de paix à renvoyer son jugement à une autre audience[16].

b) Que le tribunal prenne son temps, c'est l'intérêt même des parties qui l'exige, car plus il réfléchira, plus elles auront de chances d'être bien jugées. Il ne peut cependant les laisser indéfiniment dans l'attente : s'il tarde trop, elles ont le droit de le mettre en demeure au moyen des sommations dont il est parlé au § **140**. Le demandeur risquerait même beaucoup à ne pas le faire, car on verra au tome VII de ce Traité qu'après trois ans à partir du dernier acte de procédure la péremption pourrait être prononcée, faute par lui de n'avoir pas suivi l'instance, autant qu'il était en son pouvoir, en sommant le tribunal de prononcer son jugement. L'article 15, encore plus rigoureux, déclare la péremption acquise de plein droit en justice de paix, toutes les fois qu'un jugement interlocutoire ayant été rendu, la solution définitive n'intervient pas dans les quatre mois de ce jugement. En quoi cette péremption consiste-t-elle, par où déroge-t-elle au droit commun, et comment peut-elle se couvrir? On trouvera également au tome VII la réponse à ces questions.

§ **1072**. 2° C'est un acte important que le prononcé du jugement, car on voit par l'article 116 : « Les jugements seront « rendus à la pluralité des voix et prononcés sur-le-champ », qu'un jugement rendu est la même chose qu'un jugement prononcé, que ce n'est ni avant ni après, mais à ce moment précis, que le jugement peut être considéré comme acquis, et que, si l'on avait par hasard rempli avant de le prononcer les formalités qui ne s'accomplissent ordinairement qu'après

[13] Req. 28 févr. 1865 (D. P. 65. 1. 420). Metz, 14 janv. 1867 (D. P. 67. 1. 430).
[14] Art. 36.
[15] Voy. cep. Mollot, *op. cit.*, n° 330.
[16] Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 466. Le décret du 26 octobre 1790 obligeait les juges de paix à statuer « incontinent » (Tit. VII, art. 5).

— transcrire le jugement sur la feuille d'audience et le signer — ce ne serait, malgré tout, qu'un projet dépourvu de l'autorité et de la force exécutoire des jugements[1]. De ce principe résultent les conséquences suivantes. 1° Le tribunal peut rétracter son jugement tant qu'il n'est pas prononcé; un de ses membres, pris de scrupule, peut demander un nouveau délibéré où les choses se retrouveront entières, aucun juge n'étant lié par l'opinion qu'il aura précédemment émise[2]. 2° Si le tribunal n'est composé que de trois juges et que l'un d'eux vienne à mourir, ou si le décès d'un juge fait disparaître la majorité qui s'était formée dans le sens du jugement, celui-ci tombe de plein droit : un nouveau délibéré s'ouvre, on procède à un nouveau scrutin, et, si la majorité ne peut se reformer dans aucun sens, il n'y a plus qu'à déclarer le partage et à procéder ainsi qu'il est dit au § **1066**[3]. C'est pour éviter ces complications qu'on se hâte presque toujours de prononcer les jugements dès qu'ils sont arrêtés. 3° Tout le jugement doit être lu, non-seulement le dispositif, mais encore les motifs qui en sont une partie essentielle, et sans lesquels le dispositif manque d'autorité. Si la rédaction n'en est pas définitivement fixée, le président qui lit le dispositif peut et doit y ajouter des motifs suffisants pour le soutenir. Ce principe est constant; le reste est une question de mesure et d'appréciation[4]. 4° Tout jugement, même sur une affaire jugée à huis-clos, doit être prononcé dans la salle d'audience, publiquement et les portes ouvertes, le tout à peine de nullité : je renvoie aux §§ **549** et suivants pour l'application de cette règle et pour les exceptions qu'elle comporte[5]. 5° Le

§ **1072**. [1] Merlin, *Répertoire*, v° *Jugement*, § III, n° III *ter*. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 43, Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 250. Bonnier, *op. cit.*, n° 265. A l'inverse, le jugement est à considérer comme acquis dès qu'il a été prononcé, le président se fût-il réservé (Voy., sur cette hypothèse, *suprà*, § **1069**) de lui donner après coup une forme définitive (Trib. de Rethel, 8 févr. 1893; D. P. 94. 2. 91). D'autre part, il produit son effet dès la première heure du jour où il est prononcé, et, par exemple, un jugement de dissolution de société rendu à cinq heures de l'après-midi annule la cession d'effets à recouvrer qui a été faite à cette société le même jour avant cette heure (Caen, 31 mars 1879; D. A. *v° cit.*, supp., n° 344).

[2] Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. et loc. cit.*

[3] Bonnier, *op. et loc. cit.*

[4] Voy., sur ce point, Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 158 et 160; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 595 *bis;* req. 11 janv. 1892 (D. P. 94. 1. 65; S. 94. 1. 321).

[5] Je ne m'occupe ici que de la juridiction qui s'exerce à l'audience (Voy., sur la publicité en matière de juridiction gracieuse et dans les affaires contentieuses

jugement doit être rendu en présence de quelques-uns des juges qui l'ont rendu, de manière qu'ils puissent le contrôler et protester, au besoin, si, par impossible, le président y faisait quelque changement. Il n'est pas nécessaire que tous les juges qui ont participé au jugement assistent à son prononcé[6]; mais trois au moins d'entre eux doivent y être présents, à peine de nullité[7], puisqu'il est censé rendu à ce moment et qu'il ne peut l'être par moins de trois juges[8]. La présence, à ce moment, de juges qui n'auraient pas pris part au jugement ne serait pas une cause de nullité[9], et il en serait de même, à l'inverse, de l'absence du procureur de la République, car, même dans les causes qui lui sont communicables, sa présence n'est requise qu'à l'audience où il doit conclure[10]. Le magistrat qui préside une audience n'y peut prononcer que les jugements auxquels il a concouru; il y aurait nullité, si le magistrat qui les prononce n'était pas encore président ou ne siégeait pas le jour où ils ont été formés[11].

qui sont jugées en chambre du conseil, t. II, §§ **552** et **553**; aj., sur ce point, quant aux jugements rendus en matière de contributions indirectes, req. 17 mars 1897 (D. P. 97. 1. 445; S. 97. 1. 340).

[6] Req. 12 sept. 1811; Bruxelles, 24 janv. 1821; Grenoble, 23 août 1827; Bruxelles, 6 nov. 1827 et 26 janv. 1828; req. 18 août 1830 et 14 nov. 1832 (D. A. v° *Jugement*, n° 53). Req. 14 nov. 1843 (D. A. v° *cit.*, n° 64). Civ. rej. 31 janv. 1844 (D. A. v° *cit.*, n° 53). Civ. rej. 19 avr. 1864 (D. P. 64. 1. 178). Req. 17 févr. 1868 (D. P. 68. 1. 273). La présence des juges suppléants qui n'ont siégé aux audiences précédentes qu'avec voix consultative est — cela va de soi — encore moins nécessaire (Req. 4 juill. 1888; D. P. 89. 1. 477).

[7] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 146. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 487. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Civ. cass. 26 vend. an VIII (D. A. v° *cit.*, n° 51). Civ. cass. 13 juin 1836 (D. A. v° *Cassation*, n° 1103). Civ. cass. 27 mai 1850 (D. P. 50. 1. 162). Toutefois, la nullité a pu être évitée dans une affaire où le président, s'apercevant immédiatement de l'erreur, avait, au nom du tribunal, prévenu les parties et leurs avoués que la lecture du jugement serait réputée non avenue, et réitérée le lendemain en présence du juge dont l'assistance était indispensable : ainsi fut fait, et la cour de cassation rejeta le pourvoi formé contre l'arrêt ainsi rendu (Req. 19 nov. 1861; D. P. 62. 2. 126).

[8] Voy. t. I, § **64**.

[9] Crim. rej. 10 janv. 1855 (D. P. 55. 1. 168). Même si ces juges ne pouvaient pas prendre part au jugement, parce qu'ils n'ont pas assisté à toutes les audiences de la cause, ou parce que le tribunal se trouve, par suite de leur adjonction, composé en nombre pair (Civ. rej. 12 août 1891, D. P. 92. 1. 623, S. 92. 1. 245; voy., sur ces divers points, *suprà*, §§ **1050** et **1052**).

[10] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 150. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 26. Civ. rej. 23 juill. 1873 (D. P. 74. 1. 71).

[11] Civ. cass. 7 therm. an XI (D. A. v° *Jugement*, *loc. cit.*). Le plus ancien juge, qui lit le jugement à la place du président empêché (Voy., sur cette hypothèse, *suprà*, § **1070**, note 1), doit, comme lui et à peine de nullité, avoir assisté à toutes les audiences de la cause (Voy. l'arrêt rapporté *ib.*).

CHAPITRE II

DU CONTENU DES JUGEMENTS

SOMMAIRE. — § **1073**. Différentes parties du jugement. — § **1074**. I. Solution du litige. — § **1075**. Suite. 1° Jugements qui condamnent à des dommages-intérêts. — § **1076**. Suite. 2° Jugements qui ordonnent une reddition de compte. — § **1077**. Suite. 3° Jugement qui ordonnent une restitution de fruits. — § **1078**. Suite. 4° Jugements qui ordonnent de fournir caution. — § **1079**. Suite. 5° Obligation pour le juge du possessoire de le séparer du pétitoire. — § **1080**. Suite. Il ne doit ni statuer sur le fond du droit. — § **1081**. Suite. Ni se déterminer par des motifs tirés de la propriété. — § **1082**. Suite. Peut-il se livrer a l'examen des titres? — § **1083**. Suite. En faire dépendre le jugement de l'action possessoire? — § **1084**. Suite. Et, dans le cas de l'affirmative, procéder lui-même à cet examen? — § **1085**. Suite. 6° Office du juge en matière possessoire. — § **1086**. Suite. Premier cas : le demandeur a justifié de son droit. — § **1087**. Suite. Second cas : c'est le défendeur qui a prouvé le sien. — § **1088**. Suite. Troisième cas : les deux parties ont justifié, l'une et l'autre, d'une possession utile. — § **1089**. Suite. Solutions diverses auxquelles le juge peut s'arrêter dans ce cas : maintenue, séquestre et récréance. — § **1090**. Suite. Légitimité de ces deux dernières. — § **1091**. Suite. Quatrième cas : aucune partie n'a justifié d'une possession suffisante. — § **1092**. II. Attribution des dépens. Principe de la condamnation aux dépens de la partie qui succombe. — § **1093**. Suite. Cette condamnation suppose que la partie gagnante y a conclu, et que le tribunal l'a prononcée. — § **1094**. Suite. A quelles conditions on peut être condamné aux dépens. — § **1095**. Suite. 1° Il faut avoir été partie au procès. Exceptions à cette règle. — § **1096**. Suite. *a*) Pour les avoués et huissiers qui ont excédé les bornes de leur ministère. et pour les administrateurs qui ont compromis les intérêts de leur administration. — § **1097**. Suite. *b*. Dans certains cas, pour le mari qui n'a fait qu'autoriser sa femme. — § **1098**. Suite. 2° Il faut avoir succombé. Cas exceptionnels où la partie qui succombe n'est pas condamnée aux dépens. — § **1099**. Suite. A. Elle agissait dans un intérêt public. — § **1100**. Suite. B. Les circonstances autorisent à mettre les dépens à la charge de la partie gagnante. — § **1101**. Suite. C. Le tribunal répartit les dépens entre les deux parties. — § **1102**. Suite. *a*) Compensation des dépens. — § **1103**. Suite. α) Entre conjoints, parents et alliés. — § **1104**. Suite. β) Entre parties succombant respectivement sur quelques chefs. — § **1105**. Suite. Parallèle entre la compensation des dépens et la compensation proprement dite. — § **1106**. Suite. *b*) Procédé qui consiste à faire masse des dépens. — § **1107**. Suite. Complications possibles en matière d'attribution des dépens. — § **1108**. Suite. 1° Plusieurs parties succombent sur une seule et même demande. — § **1109**. Suite. 2° Plusieurs demandes ont été formées, et une partie est étrangère à l'une de ces demandes. — § **1110**. Suite. 3° Intervention volontaire. — § **1111**. Suite. Distraction des dépens. — § **1112**. Suite. Elle

n'est pas de droit; comment elle se demande. — § **1113**. Suite. Comment elle s'accorde. — § **1114**. III. Motifs des jugements. Obligation de les motiver. — § **1115**. Suite. Histoire et utilité de cette prescription. — § **1116**. Suite. Comment elle s'applique; des jugements suffisamment motivés, et des jugements nuls pour défaut ou insuffisance de motifs.

§ **1073**. Un jugement se compose généralement de deux parties, le dispositif et les motifs[1]; et dans le dispositif lui-même on distingue deux points, la solution du litige et l'attribution des dépens[2].

§ **1074**. I. Rien de plus divers que l'objet des jugements, car il dépend à la fois de la nature du litige et des circonstances du fait; il n'est pas une question de droit civil, de droit commercial ou de procédure qui ne puisse se poser à leur occasion, et les exemples que j'en pourrais donner ne serviraient qu'à montrer l'infinie variété des décisions judiciaires. Aussi me bornerai-je, pour ne pas sortir de la procédure : 1° à signaler, par avance, l'obligation où sont les tribunaux de statuer sur toutes les questions qui lui sont soumises, à peine de voir leurs jugements attaqués par la requête civile, comme on le verra au tome VI de ce Traité [1]; 2° à dire dès maintenant comment doivent être rendus les jugements qui condamnent à des dommages-intérêts ou à des restitutions de fruits, qui prescrivent de rendre compte, ou qui ordonnent de fournir caution; 2° comment le juge de paix doit observer la séparation du possessoire et du pétitoire; 3° quelles solutions il peut donner aux actions possessoires[2].

§ **1073**. [1] Je dis *généralement* parce qu'il y a des jugements qu'on peut se dispenser de motiver (Voy. *infrà*, § **1116**).

[2] Art. 141. Ce n'est aussi qu'une règle générale, car les jugements d'avant faire droit peuvent ne pas adjuger les dépens, et les réserver jusqu'au jugement définitif (Voy. *infrà*, § **1104**.

§ **1074**. [1] Civ cass. 19 juill. 1892 (D. P. 92. 1. 627; S. 92. 1. 533). Req. 23 oct. 1895 (D. P. 96. 1. 84). Voy., pour plus de détails sur l'omission de statuer, le tome VI auquel je viens de renvoyer, et aj. : 1° qu'une décision peut, jusqu'à un certain point, être implicite, et qu'ainsi le jugement qui condamne un débiteur à payer sa dette par fractions mensuelles jusqu'à entière libération s'applique virtuellement aux intérêts de cette dette, aussi bien qu'au capital (Alger, 6 févr. 1894; D. P. 95. 2. 531); 2° par contre, qu'un tribunal n'a pas le droit de substituer à la demande formée devant lui, et qu'il est tenu de juger, une autre demande qu'il supposerait être dans la pensée des parties, quoiqu'elles ne l'aient aucunement formulée, et à laquelle il appliquerait des principes étrangers à celle dont il est réellement saisi (Alger, 27 juill. 1896; D. P. 97. 2. 143).

[2] Quel que soit le nombre des parties en cause, le tribunal ne peut rendre

§ **1075**. A. « Tous jugements qui condamnent en des « dommages et intérêts en contiendront la liquidation, ou « ordonneront qu'ils seront donnés par état »[1]. La liquidation des dommages-intérêts consiste à en établir immédiatement le *quantum*, et à y condamner la partie qui les a encourus[2]; la fixation des dommages-intérêts par état consiste à en poser dès maintenant le principe, sauf à en régler ensuite la quotité suivant les règles posées aux §§ **1218** et suivants : l'avantage de ce procédé est d'éviter qu'on ne discute actuellement et qu'on n'établisse à grands frais le chiffre de dommages-intérêts, dont le principe n'est pas encore et ne sera peut-être pas admis. On plaide, d'abord, sur le point de savoir s'il y a lieu d'en accorder : s'ils sont refusés, tout est dit; dans le cas contraire, on les liquide conformément à la loi, mais le jugement qui y condamne en principe, et dit qu'ils seront donnés par état, entraîne dès maintenant l'hypothèque judiciaire dont il sera parlé aux §§ **1123** et suivants, et qu'il importe au créancier d'obtenir le plus tôt possible[3]. Si la liquidation des dommages-intérêts doit se prolonger, la partie qui les obtient peut demander une provision[4]. Une autre solution qui se ren-

qu'un seul jugement (toute autre manière de procéder serait frustratoire; civ. cass. 2 août 1893, D. P. 94. 1. 212; S. 94. 1. 278), et un jugement commun à plusieurs défendeurs en cause dans la même affaire peut être invoqué par le gagnant contre eux tous, même contre ceux à l'égard desquels il n'a pas conclu (Req. 31 oct. 1894; D. P. 95. 1. 123; S. 96. 1. 406), mais les divers chefs d'un jugement sont à considérer comme distincts, au point de vue de la régie de l'enregistrement qui peut percevoir sur lui autant de droits qu'il contient de chefs (Déc. min. fin. 14 sept. 1880, D. A. v° *Jugement*, supp., n° 16; comp. trib. comm. de Laval, 25 janv. 1882, D. P. 83. 3. 31).

§ **1075**. [1] Art. 128.

[2] Le tribunal est libre de choisir entre les deux procédés : du moment qu'il trouve dans le dossier les éléments de la fixation des dommages-intérêts, il a le droit de les évaluer sans recourir à la procédure indiquée pour les liquider (Req. 2 avr. 1849, D. P. 49. 1. 104; req. 30 mai 1859, D. P. 59. 1. 269).

[3] Tissier, *De l'effet des jugements qui portent condamnation à des dommages-intérêts à fixer par état* (Dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, nouv. sér., t. XVII, 1888, p. 537 et suiv.). Il n'est pas indispensable, pour qu'il y ait lieu de liquider des dommages-intérêts, que le jugement y condamne expressément : il suffit qu'il résulte des termes de ce jugement qu'un préjudice a été causé, et qu'il en est dû réparation (Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 544 *bis*; civ. rej. 1839, D. A. v° *Prescription civile*, n° 272). L'article 128 s'applique en matière de délits et de quasi-délits, aussi bien qu'aux dommages-intérêts dus en vertu d'une obligation contractuelle ou quasi-contractuelle (Crim. rej. 7 juill. 1855; D. P. 55. 1. 376).

[4] Bioche, *op. cit.*, v° *Dommages-intérêts*, n° 140.

contre dans la pratique, et que l'article 128 ne proscrit pas, consiste à fixer d'ores et déjà le montant des dommages-intérêts, et d'y condamner « si mieux n'aiment les parties « les faire déterminer à dire d'experts », ou si mieux n'ai- « ment les parties qu'il soit procédé par état, ce qu'elles « déclareront dans le délai de..... »[5]. On verra au § **1217** en quoi cette dernière formule est préférable[6].

§ **1076**. B. Quiconque est chargé ou se charge volontairement d'administrer tout ou partie du bien d'autrui doit rendre un compte détaillé de sa recette et de sa dépense[1]. Tels sont, à moins qu'ils n'aient prescrit[2], transigé[3] ou obtenu dispense de rendre compte[4], les mandataires, tuteurs,

[5] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 178. Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1842. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*

[6] L'indication d'un délai est usuelle et prévient des lenteurs fâcheuses, mais elle n'est pas indispensable. Le délai passé, la partie qui n'a pas réclamé est censée avoir accepté la fixation faite par le jugement.

§ **1076**. [1] On dit souvent que « tout comptable est présumé débiteur jusqu'à « ce qu'il ait rendu compte » (Voy. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1844 *ter*). Jusqu'à quel point cette proposition est-elle exacte? Voy. *infrà*, note 17. Dans tous les cas, c'est au comptable à établir la consistance des biens dont il doit rendre compte (Req. 9 janv. 1878; D. P. 78. 1. 85).

[2] L'obligation de rendre compte se prescrit généralement par trente ans (C. civ., art. 2262; voy., sur l'application de cet article dans l'espèce, Rennes, 6 janv. 1821, D. A. v° *Compte*, n° 38, req. 6 févr. 1843, D. A. *v° cit.*, n° 35). Par exception et en faveur du tuteur, les actions du pupille à raison des faits de la tutelle et, par conséquent, l'action en reddition de compte se prescrivent par dix ans (C. civ., art. 475; voy., sur cet article, Duranton, *op. cit.*, t. III, n°s 644 et suiv., Demolombe, *op. cit.*, t. VIII, n°s 148 et suiv., Aubry et Rau, *op. cit.*, 5e éd., t. I, p. 496 et suiv.; Demante, *op. cit.*, t. II, n° 239 *bis*-I et suiv.; Valette, *Cours de Code civil*, t. I, p. 582, et *Explication du livre Ier du Code civil*, p. 298 et suiv.). Si le pupille était mort laissant des héritiers mineurs, la prescription de dix ans serait suspendue à leur profit (C. civ., art. 2252). Cette prescription s'applique-t-elle aussi à l'action en redressement de compte? Voy. *infrà*, § **1233**.

[3] Les parties capables peuvent transiger sur tous les intérêts qui ne tiennent pas à l'ordre public (C. civ., art. 2045). Par exception, l'article 472 du Code civil annule, entre le tuteur et le pupille devenu majeur, tout traité qui affranchirait le premier, en tout ou en partie, de l'obligation de rendre des comptes au second : aucun traité relatif aux frais de la tutelle n'est valable, s'il n'a été précédé de la reddition d'un compte détaillé avec remise des pièces justificatives à l'appui, et s'il ne s'est écoulé dix jours au moins entre la date du récépissé de ce compte et le traité (Voy., sur cet article, Duranton, *op. cit.*, t. III, n°s 636 et suiv.; Demolombe, *op. cit.*, t. VIII, n°s 58 et suiv.; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, p. 491 et suiv.; Demante, *op. cit.*, t. II, n° 236 *bis*; Valette, *Cours de Code civil*, t. I, p. 258 et suiv., et *Explication du livre Ier du Code civil*, p. 288 et suiv.; Dalloz et Vergé, *Code civil annoté*, art. 472, n°s 1 et suiv.). On ne pourrait pas transiger non plus sur les comptes relatifs à une succession non encore ouverte (C. civ., art. 791, 1130 et 1600).

[4] Un comptable peut-il être dispensé de rendre compte? C'est une question

associés, copartageants, héritiers bénéficiaires, exécuteurs testamentaires, dépositaires, séquestres, créanciers-gagistes

de droit civil qu'il est impossible de traiter ici à fond, et sur laquelle je me bornerai aux observations suivantes. Laurent considère l'obligation de rendre compte comme un élément essentiel du mandat, et en conclut que le mandataire ne saurait être dispensé de rendre compte (*Op. cit.*, t. XXVII, n° 496); si cette thèse était fondée, il en résulterait qu'aucun comptable ne peut être dispensé de rendre compte, car un administrateur comptable est toujours plus ou moins mandataire. Je crois, au contraire : 1° qu'il faut poser en principe que l'obligation de rendre compte n'est pas de l'essence du mandat, puisqu'il y avait en droit romain des *procuratores in rem suam* ou mandataires dispensés de rendre compte (Dig., LL. 25 et 55, *De procur.*, III, III; 4, § 5, *De appell.*, XLIX, I; Accarias, *op. cit.*, t. II, n°s 640 et suiv.); 2° qu'il faut distinguer, pour l'application de ce principe, suivant que l'obligation de rendre compte vient d'un contrat, comme le mandat proprement dit, d'un testament comme l'exécution testamentaire, d'un quasi-contrat comme la gestion d'affaires, ou d'une disposition de la loi comme l'article 471 du Code civil sur les comptes de tutelle. 1) Les conventions passées entre personnes capables sur des objets qui ne touchent pas à l'ordre public tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (C. civ., art. 1134); or l'obligation de rendre compte imposée aux personnes chargées par contrat de faire les affaires d'autrui n'est pas d'ordre public : le mandant capable peut donc en dispenser le mandataire, soit à l'époque où celui-ci, ayant fini d'administrer, doit rendre compte, soit même d'avance et au moment même où le mandat lui est confié (Troplong, *Du mandat* (Paris, 1846), n° 415; Pont, *Des petits contrats*, t. I, n° 1003; civ. rej. 12 janv. 1830, D. A. v° *Mandat*, n° 248; civ. rej. 24 août 1831, D. A. v° *Compte*, n° 40; civ. rej. 11 juin 1839, D. A. v° *Mandat*, n° 238; Nancy, 5 août 1871, D. P. 72. 2. 77; Douai, 17 août 1871, D. P. 72. 2. 74). 2) Il en est à peu près de même pour les exécuteurs testamentaires : non-seulement les héritiers *ab intestat* et les légataires, envers qui ils sont comptables, peuvent les dispenser de rendre compte, mais il était généralement reçu dans l'ancien droit que le testateur pouvait les en exempter en les instituant (Voy. Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 229; Fuegole, *Des testaments* (Paris, 1779), ch. X, sect. IV, n° 37). Cette solution doit encore être admise, pourvu que l'exécuteur testamentaire ne soit pas incapable de recevoir cette libéralité indirecte, et que le testateur n'ait pas laissé des héritiers à réserve aux droits desquels il lui était défendu de porter atteinte (Voy., sur cette question, Toullier, *op. cit.*, t. V, n° 604; Duranton, *op. cit.*, t. IX, n° 406; Demolombe, *op. cit.*, t. XXII, n° 118; Aubry et Rau, *op. cit.*, 4e éd., t. VII, p. 457; Douai, 23 juin 1846, D. P. 46. 2. 155). 3) Ceux qui sont comptables envers un tiers, sans avoir contracté avec lui, ne peuvent être dispensés de lui rendre compte qu'à l'époque où, leur administration ayant pris fin, ils pourraient être tenus de le faire; mais on ne voit pas ce qui empêcherait, à ce moment, la partie capable envers laquelle ils sont comptables de renoncer au compte qu'elle aurait le droit d'exiger : pourquoi l'absent, dont un tiers, envoyé ou non en possession par justice, a géré les biens, ne pourrait-il pas dispenser le gérant de lui rendre des comptes? 4) J'en dirai autant, du moins en principe, des personnes qui sont tenues de rendre compte en vertu d'une disposition légale, comme l'héritier bénéficiaire, le curateur à succession vacante, ou le curateur à l'immeuble délaissé par hypothèque; je ferai seulement exception pour le tuteur, que son ex-pupille ne peut dispenser de rendre compte — la preuve en est dans les dispositions de l'article 472 du Code civil rappelées à la note précédente — et que le donateur ou testateur ne peut pas affranchir non plus de l'obligation de rendre compte des biens donnés ou légués à son pupille (Demolombe, *op. cit.*, t. VIII, n° 39; Aubry et Rau, *op. cit.*, 5e éd., t. I, p. 490). Je n'assimilerais pas complètement le père administrateur légal au tuteur : l'article 472 ne s'applique pas à l'administration légale, et, par conséquent, l'enfant arrivé à sa majorité peut dispenser son père de lui rendre

et antichrésistes, envoyés en possession provisoire de biens d'absent[5], curateurs aux successions vacantes et aux immeubles délaissés par hypothèque, gérants d'affaires, possesseurs de bonne ou de mauvaise foi, comptables de deniers publics; tels sont aussi le père administrateur légal, et l'époux survivant commun en biens qui n'a pas fait inventaire[6]: tels sont, enfin, les conseils judiciaires et curateurs aux mineurs émancipés qui se sont immiscés dans l'administration qui ne leur était pas confiée, ou qu'ils avaient pour unique mission de surveiller[7]. Si la personne qui a droit au compte et celle qui le doit sont capables, elles peuvent, d'un commun accord, choisir un arbitre ou arrêter le compte à l'amiable[8]; s'il y a parmi elles un incapable ou si elles ne peu-

compte (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, p. 509), mais je ne crois pas que le donateur ou testateur ait le même droit en ce qui concerne les biens donnés ou légués à l'enfant, et je ne vois pas, sous ce rapport, de différence à faire entre le tuteur et le père administrateur légal. D'ailleurs, la prescription, la transaction et la dispense valablement accordée sont les seules causes qui puissent exempter un comptable de l'obligation de rendre son compte : peu importe qu'il l'ait déjà présenté dans une instance antérieure, si elle n'a pas abouti et que ce compte n'ait pas été apuré (Rennes, 6 janv. 1831, D. A. *v° cit.*, n° 38; Bordeaux, 25 janv. 1834, D. A. *v° cit.*, n° 36). 5) Produire son compte, c'est s'avouer comptable et se rendre, par conséquent, non recevable à prétendre qu'on l'a déjà rendu (Civ. cass. 21 juill. 1817; D. A. v° *Jugement*, n° 18).

[5] Les envoyés en possession définitive n'ont pas de compte à rendre, puisqu'ils restituent les biens dans l'état où ils se trouvent (C. civ., art. 132).

[6] Voy. C. civ., art. 125, 389, 469, 497, 549, 803, 813, 828, 1031, 1372, 1447, 1476, 1872, 1937, 1956, 1962, 1993, 2079, 2081, 2085 et 2174. Aj. C. pr. civ., art. 596; Paris, 17 févr. 1821 (D. A. v° *Compte*, n° 277); Bordeaux, 24 mars 1887 (D. P. 88. 2. 144); Paris, 24 janv. 1888 (D. P. 89. 2. 141).

[7] Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 172. Req. 6 févr. 1843 (D. A. v° *Compte*, n° 35). Le subrogé-tuteur ne peut concourir aux actes de gestion du tuteur que dans les cas déterminés par les articles 450, 451, 453 et 470 du Code civil (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, p. 477; voy., sur son rôle en matière d'appel, le tome VI). L'individu pourvu d'un conseil judiciaire conserve l'administration de ses biens, et son conseil n'a d'autre fonction que celle de l'assister dans les actes déterminés par les articles 499 et 513 (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, p. 567).

[8] Les arrêtés de compte ne sont soumis à aucune forme particulière. Ils ne sont pas rédigés en double comme les actes portant convention synallagmatique (Req. 12 mars 1811, D. A. *v° cit.*, n° 204; Aix, 12 juill. 1812, D. A. v° *Obligations*, n° 4009; Orléans, 22 août 1840, D. A. v° *Compte courant*, n° 93; *contrà*, Paris, 4 févr. 1811, D. A. v° *Compte*, n° 203; voy., sur la formalité des doubles, t. II, § **715**). Ils ne sont pas soumis à la formalité du *bon pour* ou *approuvé* (Grenoble, 26 janv. 1826; D. A. *v° cit.*, n° 158; voy., sur cette formalité, t. II, § **716**). Il n'est pas besoin de coter et de parapher chacune des pages dont ils se composent (Req. 3 sept. 1811; D. A. *v° cit.*, n° 210). Il suffit qu'ils énoncent la somme à laquelle s'élève le reliquat reconnu par les deux parties (Req. 20 avr. 1857; D. P. 57. 1. 356). On peut même tenir pour arrêté un compte qui porte comme mention finale que le montant en a été payé, sans ajouter que c'est pour solde (Nancy, 2 mai 1826; D. A. *v° cit.*, n° 151 : bien plus, on peut établir

vent s'entendre, il faut recourir à justice[9]. C'est le cas de l'instance en reddition de compte[10] qu'introduit en la forme ordinaire[11] la partie la plus diligente[12] : c'est généralement la partie qui a droit au compte et qui est pressée de l'obtenir[13]; ce peut être aussi le comptable qui a toujours le droit de se libérer[14], surtout s'il est commerçant, car il ne peut se

à l'aide d'un commencement de preuve par écrit la reddition d'un compte dont l'instrument n'est pas produit (Req. 1er mars 1815, D. A. v° *Société*, n° 785; req. 18 juill. 1827, D. A. v° *Compte*, n° 205; voy., sur le commencement de preuve par écrit, *suprà*, § **824**). Enfin, l'article 472 du Code civil (Voy. *suprà*, note 3) ne s'applique qu'aux comptes de tutelle : tous les autres comptes sont acceptés valablement sans que le rendant en ait remis les pièces justificatives, à moins que l'oyant n'ait fait de cette remise une condition expresse de son acceptation, ou que cette condition ne résulte implicitement des circonstances du fait (Civ. cass. 7 juill. 1812, D. A. *v° cit.*, n° 83; *contrà*, Paris, 4 févr. 1811, D. A. *v° cit.*, n° 203). L'annulation d'un arrêté de compte met le rendant en situation de rendre un nouveau compte (Orléans, 22 août 1840; D. A. v° *Compte courant, loc. cit.*).

[9] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 22. Bonnier, *op. cit.*, n° 1275.

[10] Elle peut être principale ou incidente, et même se présenter sous forme reconventionnelle. Un très ancien arrêt de la cour de cassation en a décidé autrement, sous prétexte que la demande en reddition de compte ne tend pas à la compensation (Req. 18 déc. 1810; D. A. v° *Compte*, n° 45), mais on a vu t. I, § **396**, que les demandes reconventionnelles ne tendent pas nécessairement à la compensation, et que toutes les prétentions qui servent de défense à l'action principale peuvent se produire sous cette forme; or c'est, évidemment, défendre à la demande principale du créancier que de conclure contre lui à la reddition d'un compte dont la balance peut le constituer débiteur.

[11] Par ajournement ou citation, si la demande est principale; par requête, si elle est incidente (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 46 et 48).

[12] Ou son représentant : il a été jugé qu'un avoué peut demander compte à son confrère des fonds qu'il lui a remis sur l'ordre de son propre client (Req. 14 févr. 1838; D. A. v° *Avoué*, n° 112). On peut encourir des dommages-intérêts pour avoir demandé un compte qui n'était pas dû (Liège, 3 févr. 1824; D. A. v° *Compte*, n° 42), par application du principe qui régit les demandes reconventionnelles en dommages-intérêts fondées sur la demande principale elle-même (Voy. t. I, § **396**). La demande est dirigée contre le comptable en personne : s'il est présumé absent, le tribunal commet un notaire pour le représenter (C. civ., art. 113); s'il est déclaré absent, le compte est rendu à sa place par les envoyés en possession de ses biens ou par son conjoint présent commun en biens (C. civ., art. 134).

[13] Ou ses créanciers (C. civ., art. 1166; t. I, § **310**). Si ce compte est dû à plusieurs personnes, la priorité se détermine entre elles conformément à l'article 967 (Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1850; voy. t. I, § **317**, note 1).

[14] De même que le débiteur peut faire des offres réelles suivies de consignation au créancier qui refuse sans motifs d'accepter le paiement (C. civ., art. 1257 et suiv.; voy. le tome VII), de même il a le droit d'imposer la reddition de compte au créancier qui s'y refuse (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 150) : prétention d'autant mieux fondée que ses biens, s'ils sont grevés d'hypothèque, le resteront jusqu'à l'apurement du compte (Req. 12 févr. 1814; D. A. *v° cit.*, n° 75), et que lui-même, s'il est héritier bénéficiaire, sera tenu, faute d'avoir rendu compte, sur ses biens personnels et *ultrà vires hereditatis* (Civ. rej. 17 avr. 1839; D. A. *v° cit.*, n° 128).

les droits de la défense ne sont pas violés du moment que les conclusions ont été prises, les plaidoiries prononcées, et le ministère public entendu s'il y a lieu[13]. Les mêmes règles s'appliquent aux juges de paix et aux conseils de prud'hommes : le décret du 11 juin 1809, aux termes duquel ces derniers statuent « sur-le-champ »[14], ne leur interdit pas de mettre l'affaire en délibéré[15], et l'article 13 autorise expressément le juge de paix à renvoyer son jugement à une autre audience[16].

b) Que le tribunal prenne son temps, c'est l'intérêt même des parties qui l'exige, car plus il réfléchira, plus elles auront de chances d'être bien jugées. Il ne peut cependant les laisser indéfiniment dans l'attente : s'il tarde trop, elles ont le droit de le mettre en demeure au moyen des sommations dont il est parlé au § **140**. Le demandeur risquerait même beaucoup à ne pas le faire, car on verra au tome VII de ce Traité qu'après trois ans à partir du dernier acte de procédure la péremption pourrait être prononcée, faute par lui de n'avoir pas suivi l'instance, autant qu'il était en son pouvoir, en sommant le tribunal de prononcer son jugement. L'article 15, encore plus rigoureux, déclare la péremption acquise de plein droit en justice de paix, toutes les fois qu'un jugement interlocutoire ayant été rendu, la solution définitive n'intervient pas dans les quatre mois de ce jugement. En quoi cette péremption consiste-t-elle, par où déroge-t-elle au droit commun, et comment peut-elle se couvrir? On trouvera également au tome VII la réponse à ces questions.

§ **1072**. 2° C'est un acte important que le prononcé du jugement, car on voit par l'article 116 : « Les jugements seront « rendus à la pluralité des voix et prononcés sur-le-champ », qu'un jugement rendu est la même chose qu'un jugement prononcé, que ce n'est ni avant ni après, mais à ce moment précis, que le jugement peut être considéré comme acquis, et que, si l'on avait par hasard rempli avant de le prononcer les formalités qui ne s'accomplissent ordinairement qu'après

[13] Req. 28 févr. 1865 (D. P. 65. 1. 420). Metz, 14 janv. 1867 (D. P. 67. 1. 430).
[14] Art. 36.
[15] Voy. cep. Mollot, *op. cit.*, n° 330.
[16] Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 466. Le décret du 26 octobre 1790 obligeait les juges de paix à statuer « incontinent » (Tit. VII, art. 5).

— transcrire le jugement sur la feuille d'audience et le signer — ce ne serait, malgré tout, qu'un projet dépourvu de l'autorité et de la force exécutoire des jugements[1]. De ce principe résultent les conséquences suivantes. 1° Le tribunal peut rétracter son jugement tant qu'il n'est pas prononcé; un de ses membres, pris de scrupule, peut demander un nouveau délibéré où les choses se retrouveront entières, aucun juge n'étant lié par l'opinion qu'il aura précédemment émise[2]. 2° Si le tribunal n'est composé que de trois juges et que l'un d'eux vienne à mourir, ou si le décès d'un juge fait disparaître la majorité qui s'était formée dans le sens du jugement, celui-ci tombe de plein droit : un nouveau délibéré s'ouvre, on procède à un nouveau scrutin, et, si la majorité ne peut se reformer dans aucun sens, il n'y a plus qu'à déclarer le partage et à procéder ainsi qu'il est dit au § **1088**[3]. C'est pour éviter ces complications qu'on se hâte presque toujours de prononcer les jugements dès qu'ils sont arrêtés. 3° Tout le jugement doit être lu, non-seulement le dispositif, mais encore les motifs qui en sont une partie essentielle, et sans lesquels le dispositif manque d'autorité. Si la rédaction n'en est pas définitivement fixée, le président qui lit le dispositif peut et doit y ajouter des motifs suffisants pour le soutenir. Ce principe est constant; le reste est une question de mesure et d'appréciation[4]. 4° Tout jugement, même sur une affaire jugée à huis-clos, doit être prononcé dans la salle d'audience, publiquement et les portes ouvertes, le tout à peine de nullité : je renvoie aux §§ **549** et suivants pour l'application de cette règle et pour les exceptions qu'elle comporte[5]. 5° Le

§ **1072.** [1] Merlin, *Répertoire*, v° *Jugement*, § III, n° III *ter*. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 43, Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 250. Bonnier, *op. cit.*, n° 265. A l'inverse, le jugement est à considérer comme acquis dès qu'il a été prononcé, le président se fût-il réservé (Voy., sur cette hypothèse, *suprà*, § **1069**) de lui donner après coup une forme définitive (Trib. de Rethel, 8 févr. 1893; D. P. 94. 2. 91). D'autre part, il produit son effet dès la première heure du jour où il est prononcé, et, par exemple, un jugement de dissolution de société rendu à cinq heures de l'après-midi annule la cession d'effets à recouvrer qui a été faite à cette société le même jour avant cette heure (Caen, 31 mars 1879; D. A. *v° cit.*, supp., n° 344).

[2] Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. et loc. cit.*

[3] Bonnier, *op. et loc. cit.*

[4] Voy., sur ce point, Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 158 et 160; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 595 *bis*; req. 11 janv. 1892 (D. P. 94. 1. 65; S. 94. 1. 321).

[5] Je ne m'occupe ici que de la juridiction qui s'exerce à l'audience (Voy., sur la publicité en matière de juridiction gracieuse et dans les affaires contentieuses

jugement doit être rendu en présence de quelques-uns des juges qui l'ont rendu, de manière qu'ils puissent le contrôler et protester, au besoin, si, par impossible, le président y faisait quelque changement. Il n'est pas nécessaire que tous les juges qui ont participé au jugement assistent à son prononcé[6]; mais trois au moins d'entre eux doivent y être présents, à peine de nullité[7], puisqu'il est censé rendu à ce moment et qu'il ne peut l'être par moins de trois juges[8]. La présence, à ce moment, de juges qui n'auraient pas pris part au jugement ne serait pas une cause de nullité[9], et il en serait de même, à l'inverse, de l'absence du procureur de la République, car, même dans les causes qui lui sont communicables, sa présence n'est requise qu'à l'audience où il doit conclure[10]. Le magistrat qui préside une audience n'y peut prononcer que les jugements auxquels il a concouru; il y aurait nullité, si le magistrat qui les prononce n'était pas encore président ou ne siégeait pas le jour où ils ont été formés[11].

qui sont jugées en chambre du conseil, t. II, §§ **552** et **553**; aj., sur ce point, quant aux jugements rendus en matière de contributions indirectes, req. 17 mars 1897 (D. P. 97. 1. 445; S. 97. 1. 340).

[6] Req. 12 sept. 1811; Bruxelles, 24 janv. 1821; Grenoble, 23 août 1827; Bruxelles, 6 nov. 1827 et 26 janv. 1828; req. 18 août 1830 et 14 nov. 1832 (D. A. v° *Jugement*, n° 53). Req. 14 nov. 1843 (D. A. *v° cit.*, n° 64). Civ. rej. 31 janv. 1844 (D. A. *v° cit.*, n° 53). Civ. rej. 19 avr. 1864 (D. P. 64. 1. 178). Req. 17 févr. 1868 (D. P. 68. 1. 273). La présence des juges suppléants qui n'ont siégé aux audiences précédentes qu'avec voix consultative est — cela va de soi — encore moins nécessaire (Req. 4 juill. 1888; D. P. 89. 1. 477).

[7] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 146. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 487. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Civ. cass. 26 vend. an VIII (D. A. *v° cit.*, n° 51). Civ. cass. 13 juin 1836 (D. A. v° *Cassation*, n° 1103). Civ. cass. 27 mai 1850 (D. P. 50. 1. 162). Toutefois, la nullité a pu être évitée dans une affaire où le président, s'apercevant immédiatement de l'erreur, avait, au nom du tribunal, prévenu les parties et leurs avoués que la lecture du jugement serait réputée non avenue, et réitérée le lendemain en présence du juge dont l'assistance était indispensable : ainsi fut fait, et la cour de cassation rejeta le pourvoi formé contre l'arrêt ainsi rendu (Req. 19 nov. 1861; D. P. 62. 2. 126).

[8] Voy. t. I, § **64**.

[9] Crim. rej. 10 janv. 1855 (D. P. 55. 1. 168). Même si ces juges ne pouvaient pas prendre part au jugement, parce qu'ils n'ont pas assisté à toutes les audiences de la cause, ou parce que le tribunal se trouve, par suite de leur adjonction, composé en nombre pair (Civ. rej. 12 août 1891, D. P. 92. 1. 623, S. 92. 1. 245; voy., sur ces divers points, *suprà*, §§ **1050** et **1052**).

[10] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 150. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 26. Civ. rej. 23 juill. 1873 (D. P. 74. 1. 71).

[11] Civ. cass. 7 therm. an XI (D. A. v° *Jugement*, *loc. cit.*). Le plus ancien juge, qui lit le jugement à la place du président empêché (Voy., sur cette hypothèse, *suprà*, § **1070**, note 1), doit, comme lui et à peine de nullité, avoir assisté à toutes les audiences de la cause (Voy. l'arrêt rapporté *ib.*).

CHAPITRE II

DU CONTENU DES JUGEMENTS

SOMMAIRE. — § **1073**. Différentes parties du jugement. — § **1074**. I. Solution du litige. — § **1075**. Suite. 1° Jugements qui condamnent à des dommages-intérêts. — § **1076**. Suite. 2° Jugements qui ordonnent une reddition de compte. — § **1077**. Suite. 3° Jugement qui ordonnent une restitution de fruits. — § **1078**. Suite. 4° Jugements qui ordonnent de fournir caution. — § **1079**. Suite. 5° Obligation pour le juge du possessoire de le séparer du pétitoire. — § **1080**. Suite. Il ne doit ni statuer sur le fond du droit. — § **1081**. Suite. Ni se déterminer par des motifs tirés de la propriété. — § **1082**. Suite. Peut-il se livrer à l'examen des titres? — § **1083**. Suite. En faire dépendre le jugement de l'action possessoire? — § **1084**. Suite. Et, dans le cas de l'affirmative, procéder lui-même à cet examen? — § **1085**. Suite. 6° Office du juge en matière possessoire. — § **1086**. Suite. Premier cas : le demandeur a justifié de son droit. — § **1087**. Suite. Second cas : c'est le défendeur qui a prouvé le sien. — § **1088**. Suite. Troisième cas : les deux parties ont justifié, l'une et l'autre, d'une possession utile. — § **1089**. Suite. Solutions diverses auxquelles le juge peut s'arrêter dans ce cas : maintenue, séquestre et récréance. — § **1090**. Suite. Légitimité de ces deux dernières. — § **1091**. Suite. Quatrième cas : aucune partie n'a justifié d'une possession suffisante. — § **1092**. II. Attribution des dépens. Principe de la condamnation aux dépens de la partie qui succombe. — § **1093**. Suite. Cette condamnation suppose que la partie gagnante y a conclu, et que le tribunal l'a prononcée. — § **1094**. Suite. A quelles conditions on peut être condamné aux dépens. — § **1095**. Suite. 1° Il faut avoir été partie au procès. Exceptions à cette règle. — § **1096**. Suite. *a*) Pour les avoués et huissiers qui ont excédé les bornes de leur ministère, et pour les administrateurs qui ont compromis les intérêts de leur administration. — § **1097**. Suite. *b*) Dans certains cas, pour le mari qui n'a fait qu'autoriser sa femme. — § **1098**. Suite. 2° Il faut avoir succombé. Cas exceptionnels où la partie qui succombe n'est pas condamnée aux dépens. — § **1099**. Suite. A. Elle agissait dans un intérêt public. — § **1100**. Suite. B. Les circonstances autorisent à mettre les dépens à la charge de la partie gagnante. — § **1101**. Suite. C. Le tribunal répartit les dépens entre les deux parties. — § **1102**. Suite. *a*) Compensation des dépens. — § **1103**. Suite. α) Entre conjoints, parents et alliés. — § **1104**. Suite. β) Entre parties succombant respectivement sur quelques chefs. — § **1105**. Suite. Parallèle entre la compensation des dépens et la compensation proprement dite. — § **1106**. Suite. *b*) Procédé qui consiste à faire masse des dépens. — § **1107**. Suite. Complications possibles en matière d'attribution des dépens. — § **1108**. Suite. 1° Plusieurs parties succombent sur une seule et même demande. — § **1109**. Suite. 2° Plusieurs demandes ont été formées, et une partie est étrangère à l'une de ces demandes. — § **1110**. Suite. 3° Intervention volontaire. — § **1111**. Suite. Distraction des dépens. — § **1112**. Suite. Elle

n'est pas de droit; comment elle se demande. — § **1113**. Suite. Comment elle s'accorde. — § **1114**. III. Motifs des jugements. Obligation de les motiver. — § **1115**. Suite. Histoire et utilité de cette prescription. — § **1116**. Suite. Comment elle s'applique; des jugements suffisamment motivés, et des jugements nuls pour défaut ou insuffisance de motifs.

§ **1073**. Un jugement se compose généralement de deux parties, le dispositif et les motifs[1]; et dans le dispositif lui-même on distingue deux points, la solution du litige et l'attribution des dépens[2].

§ **1074**. I. Rien de plus divers que l'objet des jugements, car il dépend à la fois de la nature du litige et des circonstances du fait; il n'est pas une question de droit civil, de droit commercial ou de procédure qui ne puisse se poser à leur occasion, et les exemples que j'en pourrais donner ne serviraient qu'à montrer l'infinie variété des décisions judiciaires. Aussi me bornerai-je, pour ne pas sortir de la procédure : 1° à signaler, par avance, l'obligation où sont les tribunaux de statuer sur toutes les questions qui lui sont soumises, à peine de voir leurs jugements attaqués par la requête civile, comme on le verra au tome VI de ce Traité[1]; 2° à dire dès maintenant comment doivent être rendus les jugements qui condamnent à des dommages-intérêts ou à des restitutions de fruits, qui prescrivent de rendre compte, ou qui ordonnent de fournir caution; 2° comment le juge de paix doit observer la séparation du possessoire et du pétitoire; 3° quelles solutions il peut donner aux actions possessoires[2].

§ **1073**. [1] Je dis *généralement* parce qu'il y a des jugements qu'on peut se dispenser de motiver (Voy. *infrà*, § **1116**).

[2] Art. 141. Ce n'est aussi qu'une règle générale, car les jugements d'avant faire droit peuvent ne pas adjuger les dépens, et les réserver jusqu'au jugement définitif (Voy. *infrà*, § **1104**.

§ **1074**. [1] Civ cass. 19 juill. 1892 (D. P. 92. 1. 627; S. 92. 1. 533). Req. 23 oct. 1895 (D. P. 96. 1. 84). Voy., pour plus de détails sur l'omission de statuer, le tome VI auquel je viens de renvoyer, et aj. : 1° qu'une décision peut, jusqu'à un certain point, être implicite, et qu'ainsi le jugement qui condamne un débiteur à payer sa dette par fractions mensuelles jusqu'à entière libération s'applique virtuellement aux intérêts de cette dette, aussi bien qu'au capital (Alger, 6 févr. 1894; D. P. 95. 2. 531); 2° par contre, qu'un tribunal n'a pas le droit de substituer à la demande formée devant lui, et qu'il est tenu de juger, une autre demande qu'il supposerait être dans la pensée des parties, quoiqu'elles ne l'aient aucunement formulée, et à laquelle il appliquerait des principes étrangers à celle dont il est réellement saisi (Alger, 27 juill. 1896; D. P. 97. 2. 143).

[2] Quel que soit le nombre des parties en cause, le tribunal ne peut rendre

§ **1075**. A. « Tous jugements qui condamnent en des « dommages et intérêts en contiendront la liquidation, ou « ordonneront qu'ils seront donnés par état »[1]. La liquidation des dommages-intérêts consiste à en établir immédiatement le *quantum*, et à y condamner la partie qui les a encourus[2]; la fixation des dommages-intérêts par état consiste à en poser dès maintenant le principe, sauf à en régler ensuite la quotité suivant les règles posées aux §§ **1218** et suivants : l'avantage de ce procédé est d'éviter qu'on ne discute actuellement et qu'on n'établisse à grands frais le chiffre de dommages-intérêts, dont le principe n'est pas encore et ne sera peut-être pas admis. On plaide, d'abord, sur le point de savoir s'il y a lieu d'en accorder : s'ils sont refusés, tout est dit; dans le cas contraire, on les liquide conformément à la loi, mais le jugement qui y condamne en principe, et dit qu'ils seront donnés par état, entraîne dès maintenant l'hypothèque judiciaire dont il sera parlé aux §§ **1123** et suivants, et qu'il importe au créancier d'obtenir le plus tôt possible[3]. Si la liquidation des dommages-intérêts doit se prolonger, la partie qui les obtient peut demander une provision[4]. Une autre solution qui se ren-

qu'un seul jugement (toute autre manière de procéder serait frustratoire; civ. cass. 2 août 1893, D. P. 94. 1. 212; S. 94. 1. 278), et un jugement commun à plusieurs défendeurs en cause dans la même affaire peut être invoqué par le gagnant contre eux tous, même contre ceux à l'égard desquels il n'a pas conclu (Req. 31 oct. 1894; D. P. 95. 1. 123; S. 96. 1. 406), mais les divers chefs d'un jugement sont à considérer comme distincts, au point de vue de la régie de l'enregistrement qui peut percevoir sur lui autant de droits qu'il contient de chefs (Déc. min. fin. 14 sept. 1880, D. A. v° *Jugement*, supp., n° 16; comp. trib. comm. de Laval, 25 janv. 1882, D. P. 83. 3. 31).

§ **1075**. [1] Art. 128.

[2] Le tribunal est libre de choisir entre les deux procédés : du moment qu'il trouve dans le dossier les éléments de la fixation des dommages-intérêts, il a le droit de les évaluer sans recourir à la procédure indiquée pour les liquider (Req. 2 avr. 1849, D. P. 49. 1. 104; req. 30 mai 1859, D. P. 59. 1. 269).

[3] Tissier, *De l'effet des jugements qui portent condamnation à des dommages-intérêts à fixer par état* (Dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, nouv. sér., t. XVII, 1888, p. 537 et suiv.). Il n'est pas indispensable, pour qu'il y ait lieu de liquider des dommages-intérêts, que le jugement y condamne expressément : il suffit qu'il résulte des termes de ce jugement qu'un préjudice a été causé, et qu'il en est dû réparation (Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 544 *bis*; civ. rej. 1839, D. A. v° *Prescription civile*, n° 272). L'article 128 s'applique en matière de délits et de quasi-délits, aussi bien qu'aux dommages-intérêts dus en vertu d'une obligation contractuelle ou quasi-contractuelle (Crim. rej. 7 juill. 1855; D. P. 55. 1. 376).

[4] Bioche, *op. cit.*, v° *Dommages-intérêts*, n° 140.

contre dans la pratique, et que l'article 128 ne proscrit pas, consiste à fixer d'ores et déjà le montant des dommages-intérêts, et d'y condamner « si mieux n'aiment les parties « les faire déterminer à dire d'experts », ou si mieux n'ai- « ment les parties qu'il soit procédé par état, ce qu'elles « déclareront dans le délai de..... »[5]. On verra au § **1217** en quoi cette dernière formule est préférable[6].

§ **1076**. B. Quiconque est chargé ou se charge volontairement d'administrer tout ou partie du bien d'autrui doit rendre un compte détaillé de sa recette et de sa dépense[1]. Tels sont, à moins qu'ils n'aient prescrit[2], transigé[3] ou obtenu dispense de rendre compte[4], les mandataires, tuteurs,

[5] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 178. Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1842. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*

[6] L'indication d'un délai est usuelle et prévient des lenteurs fâcheuses, mais elle n'est pas indispensable. Le délai passé, la partie qui n'a pas réclamé est censée avoir accepté la fixation faite par le jugement.

§ **1076**. [1] On dit souvent que « tout comptable est présumé débiteur jusqu'à « ce qu'il ait rendu compte » (Voy. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1844 *ter*). Jusqu'à quel point cette proposition est-elle exacte? Voy. *infrà*, note 17. Dans tous les cas, c'est au comptable à établir la consistance des biens dont il doit rendre compte (Req. 9 janv. 1878; D. P. 78. 1. 85).

[2] L'obligation de rendre compte se prescrit généralement par trente ans (C. civ., art. 2262; voy., sur l'application de cet article dans l'espèce, Rennes, 6 janv. 1821, D. A. v° *Compte*, n° 38, req. 6 févr. 1843, D. A. *v° cit.*, n° 35). Par exception et en faveur du tuteur, les actions du pupille à raison des faits de la tutelle et, par conséquent, l'action en reddition de compte se prescrivent par dix ans (C. civ., art. 475; voy., sur cet article, Duranton, *op. cit.*, t. III, n°s 644 et suiv., Demolombe, *op. cit.*, t. VIII, n°s 148 et suiv., Aubry et Rau, *op. cit.*, 5e éd., t. I, p. 496 et suiv.; Demante, *op. cit.*, t. II, n° 239 *bis*-I et suiv.; Valette, *Cours de Code civil*, t. I, p. 582, et *Explication du livre Ier du Code civil*, p. 298 et suiv.). Si le pupille était mort laissant des héritiers mineurs, la prescription de dix ans serait suspendue à leur profit (C. civ., art. 2252). Cette prescription s'applique-t-elle aussi à l'action en redressement de compte? Voy. *infrà*, § **1233**.

[3] Les parties capables peuvent transiger sur tous les intérêts qui ne tiennent pas à l'ordre public (C. civ., art. 2045). Par exception, l'article 472 du Code civil annule, entre le tuteur et le pupille devenu majeur, tout traité qui affranchirait le premier, en tout ou en partie, de l'obligation de rendre des comptes au second : aucun traité relatif aux frais de la tutelle n'est valable, s'il n'a été précédé de la reddition d'un compte détaillé avec remise des pièces justificatives à l'appui, et s'il ne s'est écoulé dix jours au moins entre la date du récépissé de ce compte et le traité (Voy., sur cet article, Duranton, *op. cit.*, t. III, n°s 636 et suiv.; Demolombe, *op. cit.*, t. VIII, n°s 58 et suiv.; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, p. 491 et suiv.; Demante, *op. cit.*, t. II, n° 236 *bis*; Valette, *Cours de Code civil*, t. I, p. 258 et suiv., et *Explication du livre Ier du Code civil*, p. 288 et suiv.; Dalloz et Vergé, *Code civil annoté*, art. 472, n°s 1 et suiv.). On ne pourrait pas transiger non plus sur les comptes relatifs à une succession non encore ouverte (C. civ., art. 791, 1130 et 1600).

[4] Un comptable peut-il être dispensé de rendre compte? C'est une question

associés, copartageants, héritiers bénéficiaires, exécuteurs testamentaires, dépositaires, séquestres, créanciers-gagistes

de droit civil qu'il est impossible de traiter ici à fond, et sur laquelle je me bornerai aux observations suivantes. Laurent considère l'obligation de rendre compte comme un élément essentiel du mandat, et en conclut que le mandataire ne saurait être dispensé de rendre compte (*Op. cit.*, t. XXVII, n° 496); si cette thèse était fondée, il en résulterait qu'aucun comptable ne peut être dispensé de rendre compte, car un administrateur comptable est toujours plus ou moins mandataire. Je crois, au contraire : 1° qu'il faut poser en principe que l'obligation de rendre compte n'est pas de l'essence du mandat, puisqu'il y avait en droit romain des *procuratores in rem suam* ou mandataires dispensés de rendre compte (Dig., LL. 25 et 55, *De procur.*, III, III; 4, § 5, *De appell.*, XLIX, I; Accarias, *op. cit.*, t. II, n°s 640 et suiv.); 2° qu'il faut distinguer, pour l'application de ce principe, suivant que l'obligation de rendre compte vient d'un contrat, comme le mandat proprement dit, d'un testament comme l'exécution testamentaire, d'un quasi-contrat comme la gestion d'affaires, ou d'une disposition de la loi comme l'article 471 du Code civil sur les comptes de tutelle. 1) Les conventions passées entre personnes capables sur des objets qui ne touchent pas à l'ordre public tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (C. civ., art. 1134); or l'obligation de rendre compte imposée aux personnes chargées par contrat de faire les affaires d'autrui n'est pas d'ordre public : le mandant capable peut donc en dispenser le mandataire, soit à l'époque où celui-ci, ayant fini d'administrer, doit rendre compte, soit même d'avance et au moment même où le mandat lui est confié (Troplong, *Du mandat* (Paris, 1846), n° 415; Pont, *Des petits contrats*, t. I, n° 1003; civ. rej. 12 janv. 1830, D. A. v° *Mandat*, n° 248; civ. rej. 24 août 1831, D. A. v° *Compte*, n° 40; civ. rej. 11 juin 1839, D. A. v° *Mandat*, n° 238; Nancy, 5 août 1871, D. P. 72. 2. 77; Douai, 17 août 1871, D. P. 72. 2. 74). 2) Il en est à peu près de même pour les exécuteurs testamentaires : non-seulement les héritiers *ab intestat* et les légataires, envers qui ils sont comptables, peuvent les dispenser de rendre compte, mais il était généralement reçu dans l'ancien droit que le testateur pouvait les en exempter en les instituant (Voy. Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 229; Furgole, *Des testaments* (Paris, 1779), ch. X, sect. IV, n° 37). Cette solution doit encore être admise, pourvu que l'exécuteur testamentaire ne soit pas incapable de recevoir cette libéralité indirecte, et que le testateur n'ait pas laissé des héritiers à réserve aux droits desquels il lui était défendu de porter atteinte (Voy., sur cette question, Toullier, *op. cit.*, t. V, n° 604; Duranton, *op. cit.*, t. IX, n° 406; Demolombe, *op. cit.*, t. XXII, n° 118; Aubry et Rau, *op. cit.*, 4e éd., t. VII, p. 457; Douai, 23 juin 1846, D. P. 46. 2. 155). 3) Ceux qui sont comptables envers un tiers, sans avoir contracté avec lui, ne peuvent être dispensés de lui rendre compte qu'à l'époque où, leur administration ayant pris fin, ils pourraient être tenus de le faire; mais on ne voit pas ce qui empêcherait, à ce moment, la partie capable envers laquelle ils sont comptables de renoncer au compte qu'elle aurait le droit d'exiger : pourquoi l'absent, dont un tiers, envoyé ou non en possession par justice, a géré les biens, ne pourrait-il pas dispenser le gérant de lui rendre des comptes? 4) J'en dirai autant, du moins en principe, des personnes qui sont tenues de rendre compte en vertu d'une disposition légale, comme l'héritier bénéficiaire, le curateur à succession vacante, ou le curateur à l'immeuble délaissé par hypothèque ; je ferai seulement exception pour le tuteur, que son ex-pupille ne peut dispenser de rendre compte — la preuve en est dans les dispositions de l'article 472 du Code civil rappelées à la note précédente — et que le donateur ou testateur ne peut pas affranchir non plus de l'obligation de rendre compte des biens donnés ou légués à son pupille (Demolombe, *op. cit.*, t. VIII, n° 39; Aubry et Rau, *op. cit.*, 5e éd., t. I, p. 490). Je n'assimilerais pas complètement le père administrateur légal au tuteur : l'article 472 ne s'applique pas à l'administration légale, et, par conséquent, l'enfant arrivé à sa majorité peut dispenser son père de lui rendre

et antichrésistes, envoyés en possession provisoire de biens d'absent[5], curateurs aux successions vacantes et aux immeubles délaissés par hypothèque, gérants d'affaires, possesseurs de bonne ou de mauvaise foi, comptables de deniers publics; tels sont aussi le père administrateur légal, et l'époux survivant commun en biens qui n'a pas fait inventaire[6]; tels sont, enfin, les conseils judiciaires et curateurs aux mineurs émancipés qui se sont immiscés dans l'administration qui ne leur était pas confiée, ou qu'ils avaient pour unique mission de surveiller[7]. Si la personne qui a droit au compte et celle qui le doit sont capables, elles peuvent, d'un commun accord, choisir un arbitre ou arrêter le compte à l'amiable[8]; s'il y a parmi elles un incapable ou si elles ne peu-

compte (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, p. 509), mais je ne crois pas que le donateur ou testateur ait le même droit en ce qui concerne les biens donnés ou légués à l'enfant, et je ne vois pas, sous ce rapport, de différence à faire entre le tuteur et le père administrateur légal. D'ailleurs, la prescription, la transaction et la dispense valablement accordée sont les seules causes qui puissent exempter un comptable de l'obligation de rendre son compte : peu importe qu'il l'ait déjà présenté dans une instance antérieure, si elle n'a pas abouti et que ce compte n'ait pas été apuré (Rennes, 6 janv. 1831, D. A. *v° cit.*, n° 38; Bordeaux, 25 janv. 1834, D. A. *v° cit.*, n° 36). 5) Produire son compte, c'est s'avouer comptable et se rendre, par conséquent, non recevable à prétendre qu'on l'a déjà rendu (Civ. cass. 21 juill. 1817; D. A. v° *Jugement*, n° 18).

[5] Les envoyés en possession définitive n'ont pas de compte à rendre, puisqu'ils restituent les biens dans l'état où ils se trouvent (C. civ., art. 132).

[6] Voy. C. civ., art. 125, 389, 469, 497, 549, 803, 813, 828, 1031, 1372, 1447, 1476, 1872, 1937, 1956, 1962, 1993, 2079, 2081, 2085 et 2174. Aj. C. pr. civ., art. 596; Paris, 17 févr. 1821 (D. A. v° *Compte*, n° 277); Bordeaux, 24 mars 1887 (D. P. 88. 2. 144); Paris, 24 janv. 1888 (D. P. 89. 2. 141).

[7] Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 172. Req. 6 févr. 1843 (D. A. v° *Compte*, n° 35). Le subrogé-tuteur ne peut concourir aux actes de gestion du tuteur que dans les cas déterminés par les articles 450, 451, 453 et 470 du Code civil (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, p. 477; voy., sur son rôle en matière d'appel, le tome VI). L'individu pourvu d'un conseil judiciaire conserve l'administration de ses biens, et son conseil n'a d'autre fonction que celle de l'assister dans les actes déterminés par les articles 499 et 513 (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, p. 567).

[8] Les arrêtés de compte ne sont soumis à aucune forme particulière. Ils ne sont pas rédigés en double comme les actes portant convention synallagmatique (Req. 12 mars 1811, D. A. *v° cit.*, n° 204; Aix, 12 juill. 1812, D. A. v° *Obligations*, n° 4009; Orléans, 22 août 1840, D. A. v° *Compte courant*, n° 93; *contrà*, Paris, 4 févr. 1811, D. A. v° *Compte*, n° 203; voy., sur la formalité des doubles, t. II, § **715**). Ils ne sont pas soumis à la formalité du *bon pour* ou *approuvé* (Grenoble, 26 janv. 1826; D. A. *v° cit.*, n° 158; voy., sur cette formalité, t. II, § **716**). Il n'est pas besoin de coter et de parapher chacune des pages dont ils se composent (Req. 3 sept. 1811; D. A. *v° cit.*, n° 210). Il suffit qu'ils énoncent la somme à laquelle s'élève le reliquat reconnu par les deux parties (Req. 20 avr. 1857; D. P. 57. 1. 356). On peut même tenir pour arrêté un compte qui porte comme mention finale que le montant en a été payé, sans ajouter que c'est pour solde (Nancy, 2 mai 1826; D. A. *v° cit.*, n° 151 : bien plus, on peut établir

vent s'entendre, il faut recourir à justice[9]. C'est le cas de l'instance en reddition de compte[10] qu'introduit en la forme ordinaire[11] la partie la plus diligente[12] : c'est généralement la partie qui a droit au compte et qui est pressée de l'obtenir[13]; ce peut être aussi le comptable qui a toujours le droit de se libérer[14], surtout s'il est commerçant, car il ne peut se

à l'aide d'un commencement de preuve par écrit la reddition d'un compte dont l'instrument n'est pas produit (Req. 1er mars 1815, D. A. v° *Société*, n° 785; req. 18 juill. 1827, D. A. v° *Compte*, n° 205; voy., sur le commencement de preuve par écrit, *suprà*, § **824**). Enfin, l'article 472 du Code civil (Voy. *suprà*, note 3) ne s'applique qu'aux comptes de tutelle : tous les autres comptes sont acceptés valablement sans que le rendant en ait remis les pièces justificatives, à moins que l'oyant n'ait fait de cette remise une condition expresse de son acceptation, ou que cette condition ne résulte implicitement des circonstances du fait (Civ. cass. 7 juill. 1812, D. A. *v° cit.*, n° 83; *contrà*, Paris, 4 févr. 1811, D. A. *v° cit.*, n° 203). L'annulation d'un arrêté de compte met le rendant en situation de rendre un nouveau compte (Orléans, 22 août 1840; D. A. v° *Compte courant, loc. cit.*).

[9] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 22. Bonnier, *op. cit.*, n° 1275.

[10] Elle peut être principale ou incidente, et même se présenter sous forme reconventionnelle. Un très ancien arrêt de la cour de cassation en a décidé autrement, sous prétexte que la demande en reddition de compte ne tend pas à la compensation (Req. 18 déc. 1810; D. A. v° *Compte*, n° 45), mais on a vu t. I, § **396**, que les demandes reconventionnelles ne tendent pas nécessairement à la compensation, et que toutes les prétentions qui servent de défense à l'action principale peuvent se produire sous cette forme; or c'est, évidemment, défendre à la demande principale du créancier que de conclure contre lui à la reddition d'un compte dont la balance peut le constituer débiteur.

[11] Par ajournement ou citation, si la demande est principale; par requête, si elle est incidente (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 46 et 48).

[12] Ou son représentant : il a été jugé qu'un avoué peut demander compte à son confrère des fonds qu'il lui a remis sur l'ordre de son propre client (Req. 14 févr. 1838; D. A. v° *Avoué*, n° 112). On peut encourir des dommages-intérêts pour avoir demandé un compte qui n'était pas dû (Liège, 3 févr. 1824; D. A. v° *Compte*, n° 42), par application du principe qui régit les demandes reconventionnelles en dommages-intérêts fondées sur la demande principale elle-même (Voy. t. I, § **396**). La demande est dirigée contre le comptable en personne : s'il est présumé absent, le tribunal commet un notaire pour le représenter (C. civ., art. 113); s'il est déclaré absent, le compte est rendu à sa place par les envoyés en possession de ses biens ou par son conjoint présent commun en biens (C. civ., art. 134).

[13] Ou ses créanciers (C. civ., art. 1166; t. I, § **310**). Si ce compte est dû à plusieurs personnes, la priorité se détermine entre elles conformément à l'article 967 (Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1850; voy. t. I, § **317**, note 1).

[14] De même que le débiteur peut faire des offres réelles suivies de consignation au créancier qui refuse sans motifs d'accepter le paiement (C. civ., art. 1257 et suiv.; voy. le tome VII), de même il a le droit d'imposer la reddition de compte au créancier qui s'y refuse (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 150) : prétention d'autant mieux fondée que ses biens, s'ils sont grevés d'hypothèque, le resteront jusqu'à l'apurement du compte (Req. 12 févr. 1814; D. A. *v° cit.*, n° 75), et que lui-même, s'il est héritier bénéficiaire, sera tenu, faute d'avoir rendu compte, sur ses biens personnels et *ultrà vires hereditatis* (Civ. rej. 17 avr. 1839; D. A. *v° cit.*, n° 128).

les droits de la défense ne sont pas violés du moment que les conclusions ont été prises, les plaidoiries prononcées, et le ministère public entendu s'il y a lieu[13]. Les mêmes règles s'appliquent aux juges de paix et aux conseils de prud'hommes : le décret du 11 juin 1809, aux termes duquel ces derniers statuent « sur-le-champ »[14], ne leur interdit pas de mettre l'affaire en délibéré[15], et l'article 13 autorise expressément le juge de paix à renvoyer son jugement à une autre audience[16].

b) Que le tribunal prenne son temps, c'est l'intérêt même des parties qui l'exige, car plus il réfléchira, plus elles auront de chances d'être bien jugées. Il ne peut cependant les laisser indéfiniment dans l'attente : s'il tarde trop, elles ont le droit de le mettre en demeure au moyen des sommations dont il est parlé au § 140. Le demandeur risquerait même beaucoup à ne pas le faire, car on verra au tome VII de ce Traité qu'après trois ans à partir du dernier acte de procédure la péremption pourrait être prononcée, faute par lui de n'avoir pas suivi l'instance, autant qu'il était en son pouvoir, en sommant le tribunal de prononcer son jugement. L'article 15, encore plus rigoureux, déclare la péremption acquise de plein droit en justice de paix, toutes les fois qu'un jugement interlocutoire ayant été rendu, la solution définitive n'intervient pas dans les quatre mois de ce jugement. En quoi cette péremption consiste-t-elle, par où déroge-t-elle au droit commun, et comment peut-elle se couvrir? On trouvera également au tome VII la réponse à ces questions.

§ 1072. 2° C'est un acte important que le prononcé du jugement, car on voit par l'article 116 : « Les jugements seront « rendus à la pluralité des voix et prononcés sur-le-champ », qu'un jugement rendu est la même chose qu'un jugement prononcé, que ce n'est ni avant ni après, mais à ce moment précis, que le jugement peut être considéré comme acquis, et que, si l'on avait par hasard rempli avant de le prononcer les formalités qui ne s'accomplissent ordinairement qu'après

[13] Req. 28 févr. 1865 (D. P. 65. 1. 420). Metz, 14 janv. 1867 (D. P. 67. 1. 430).
[14] Art. 36.
[15] Voy. cep. Mollot, *op. cit.*, n° 330.
[16] Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 466. Le décret du 26 octobre 1790 obligeait les juges de paix à statuer « incontinent » (Tit. VII, art. 5).

— transcrire le jugement sur la feuille d'audience et le signer — ce ne serait, malgré tout, qu'un projet dépourvu de l'autorité et de la force exécutoire des jugements[1]. De ce principe résultent les conséquences suivantes. 1° Le tribunal peut rétracter son jugement tant qu'il n'est pas prononcé; un de ses membres, pris de scrupule, peut demander un nouveau délibéré où les choses se retrouveront entières, aucun juge n'étant lié par l'opinion qu'il aura précédemment émise[2]. 2° Si le tribunal n'est composé que de trois juges et que l'un d'eux vienne à mourir, ou si le décès d'un juge fait disparaître la majorité qui s'était formée dans le sens du jugement, celui-ci tombe de plein droit : un nouveau délibéré s'ouvre, on procède à un nouveau scrutin, et, si la majorité ne peut se reformer dans aucun sens, il n'y a plus qu'à déclarer le partage et à procéder ainsi qu'il est dit au § **1086**[3]. C'est pour éviter ces complications qu'on se hâte presque toujours de prononcer les jugements dès qu'ils sont arrêtés. 3° Tout le jugement doit être lu, non-seulement le dispositif, mais encore les motifs qui en sont une partie essentielle, et sans lesquels le dispositif manque d'autorité. Si la rédaction n'en est pas définitivement fixée, le président qui lit le dispositif peut et doit y ajouter des motifs suffisants pour le soutenir. Ce principe est constant; le reste est une question de mesure et d'appréciation[4]. 4° Tout jugement, même sur une affaire jugée à huis-clos, doit être prononcé dans la salle d'audience, publiquement et les portes ouvertes, le tout à peine de nullité : je renvoie aux §§ **549** et suivants pour l'application de cette règle et pour les exceptions qu'elle comporte[5]. 5° Le

§ **1072**. [1] Merlin, *Répertoire*, v° *Jugement*, § III, n° III *ter*. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 43, Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 250. Bonnier, *op. cit.*, n° 265. A l'inverse, le jugement est à considérer comme acquis dès qu'il a été prononcé, le président se fût-il réservé (Voy., sur cette hypothèse, *suprà*, § **1069**) de lui donner après coup une forme définitive (Trib. de Rethel, 8 févr. 1893; D. P. 94. 2. 91). D'autre part, il produit son effet dès la première heure du jour où il est prononcé, et, par exemple, un jugement de dissolution de société rendu à cinq heures de l'après-midi annule la cession d'effets à recouvrer qui a été faite à cette société le même jour avant cette heure (Caen, 31 mars 1879; D. A. *v° cit.*, supp., n° 344).

[2] Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. et loc. cit.*

[3] Bonnier, *op. et loc. cit.*

[4] Voy., sur ce point, Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 158 et 160; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 595 *bis*; req. 11 janv. 1892 (D. P. 94. 1. 65; S. 94. 1. 321).

[5] Je ne m'occupe ici que de la juridiction qui s'exerce à l'audience (Voy., sur la publicité en matière de juridiction gracieuse et dans les affaires contentieuses

jugement doit être rendu en présence de quelques-uns des juges qui l'ont rendu, de manière qu'ils puissent le contrôler et protester, au besoin, si, par impossible, le président y faisait quelque changement. Il n'est pas nécessaire que tous les juges qui ont participé au jugement assistent à son prononcé[6]; mais trois au moins d'entre eux doivent y être présents, à peine de nullité[7], puisqu'il est censé rendu à ce moment et qu'il ne peut l'être par moins de trois juges[8]. La présence, à ce moment, de juges qui n'auraient pas pris part au jugement ne serait pas une cause de nullité[9], et il en serait de même, à l'inverse, de l'absence du procureur de la République, car, même dans les causes qui lui sont communicables, sa présence n'est requise qu'à l'audience où il doit conclure[10]. Le magistrat qui préside une audience n'y peut prononcer que les jugements auxquels il a concouru; il y aurait nullité, si le magistrat qui les prononce n'était pas encore président ou ne siégeait pas le jour où ils ont été formés[11].

qui sont jugées en chambre du conseil, t. II, §§ **552** et **553**; aj., sur ce point, quant aux jugements rendus en matière de contributions indirectes, req. 17 mars 1897 (D. P. 97. 1. 445; S. 97. 1. 340).

[6] Req. 12 sept. 1811; Bruxelles, 24 janv. 1821; Grenoble, 23 août 1827; Bruxelles, 6 nov. 1827 et 26 janv. 1828; req. 18 août 1830 et 14 nov. 1832 (D. A. v° *Jugement*, n° 53). Req. 14 nov. 1843 (D. A. *v° cit.*, n° 64). Civ. rej. 31 janv. 1844 (D. A. *v° cit.*, n° 53). Civ. rej. 19 avr. 1864 (D. P. 64. 1. 178). Req. 17 févr. 1868 (D. P. 68. 1. 273). La présence des juges suppléants qui n'ont siégé aux audiences précédentes qu'avec voix consultative est — cela va de soi — encore moins nécessaire (Req. 4 juill. 1888; D. P. 89. 1. 477).

[7] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 146. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 487. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Civ. cass. 26 vend. an VIII (D. A. *v° cit.*, n° 51). Civ. cass. 13 juin 1836 (D. A. v° *Cassation*, n° 1103). Civ. cass. 27 mai 1850 (D. P. 50. 1. 162). Toutefois, la nullité a pu être évitée dans une affaire où le président, s'apercevant immédiatement de l'erreur, avait, au nom du tribunal, prévenu les parties et leurs avoués que la lecture du jugement serait réputée non avenue, et réitérée le lendemain en présence du juge dont l'assistance était indispensable : ainsi fut fait, et la cour de cassation rejeta le pourvoi formé contre l'arrêt ainsi rendu (Req. 19 nov. 1861; D. P. 62. 2. 126).

[8] Voy. t. I, § **64**.

[9] Crim. rej. 10 janv. 1855 (D. P. 55. 1. 168). Même si ces juges ne pouvaient pas prendre part au jugement, parce qu'ils n'ont pas assisté à toutes les audiences de la cause, ou parce que le tribunal se trouve, par suite de leur adjonction, composé en nombre pair (Civ. rej. 12 août 1891, D. P. 92. 1. 623, S. 92. 1. 245; voy., sur ces divers points, *suprà*, §§ **1050** et **1052**).

[10] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 150. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 26. Civ. rej. 23 juill. 1873 (D. P. 74. 1. 71).

[11] Civ. cass. 7 therm. an XI (D. A. v° *Jugement*, *loc. cit.*). Le plus ancien juge, qui lit le jugement à la place du président empêché (Voy., sur cette hypothèse, *suprà*, § **1070**, note 1), doit, comme lui et à peine de nullité, avoir assisté à toutes les audiences de la cause (Voy. l'arrêt rapporté *ib.*).

CHAPITRE II

DU CONTENU DES JUGEMENTS

SOMMAIRE. — § **1073**. Différentes parties du jugement. — § **1074**. I. Solution du litige. — § **1075**. Suite. 1° Jugements qui condamnent à des dommages-intérêts. — § **1076**. Suite. 2° Jugements qui ordonnent une reddition de compte. — § **1077**. Suite. 3° Jugement qui ordonnent une restitution de fruits. — § **1078**. Suite. 4° Jugements qui ordonnent de fournir caution. — § **1079**. Suite. 5° Obligation pour le juge du possessoire de le séparer du pétitoire. — § **1080**. Suite. Il ne doit ni statuer sur le fond du droit. — § **1081**. Suite. Ni se déterminer par des motifs tirés de la propriété. — § **1082**. Suite. Peut-il se livrer a l'examen des titres? — § **1083**. Suite. En faire dépendre le jugement de l'action possessoire? — § **1084**. Suite. Et, dans le cas de l'affirmative, procéder lui-même à cet examen? — § **1085**. Suite. 6° Office du juge en matière possessoire. — § **1086**. Suite. Premier cas : le demandeur a justifié de son droit. — § **1087**. Suite. Second cas : c'est le défendeur qui a prouvé le sien. — § **1088**. Suite. Troisième cas : les deux parties ont justifié, l'une et l'autre, d'une possession utile. — § **1089**. Suite. Solutions diverses auxquelles le juge peut s'arrêter dans ce cas : maintenue, séquestre et récréance. — § **1090**. Suite. Légitimité de ces deux dernières. — § **1091**. Suite. Quatrième cas : aucune partie n'a justifié d'une possession suffisante. — § **1092**. II. Attribution des dépens. Principe de la condamnation aux dépens de la partie qui succombe. — § **1093**. Suite. Cette condamnation suppose que la partie gagnante y a conclu, et que le tribunal l'a prononcée. — § **1094**. Suite. A quelles conditions on peut être condamné aux dépens. — § **1095**. Suite. 1° Il faut avoir été partie au procès. Exceptions à cette règle. — § **1096**. Suite. *a*) Pour les avoués et huissiers qui ont excédé les bornes de leur ministère. et pour les administrateurs qui ont compromis les intérêts de leur administration. — § **1097**. Suite. *b*) Dans certains cas, pour le mari qui n'a fait qu'autoriser sa femme. — § **1098**. Suite. 2° Il faut avoir succombé. Cas exceptionnels où la partie qui succombe n'est pas condamnée aux dépens. — § **1099**. Suite. A. Elle agissait dans un intérêt public. — § **1100**. Suite. B. Les circonstances autorisent à mettre les dépens à la charge de la partie gagnante. — § **1101**. Suite. C. Le tribunal répartit les dépens entre les deux parties. — § **1102**. Suite. *a*) Compensation des dépens. — § **1103**. Suite. α) Entre conjoints, parents et alliés. — § **1104**. Suite. β) Entre parties succombant respectivement sur quelques chefs. — § **1105**. Suite. Parallèle entre la compensation des dépens et la compensation proprement dite. — § **1106**. Suite. *b*) Procédé qui consiste à faire masse des dépens. — § **1107**. Suite. Complications possibles en matière d'attribution des dépens. — § **1108**. Suite. 1° Plusieurs parties succombent sur une seule et même demande. — § **1109**. Suite. 2° Plusieurs demandes ont été formées, et une partie est étrangère à l'une de ces demandes. — § **1110**. Suite. 3° Intervention volontaire. — § **1111**. Suite. Distraction des dépens. — § **1112**. Suite. Elle

on suivra pour toutes ces personnes l'ordre du tableau[5]; 3) qu'elles seront toujours appelées en nombre pair. C'est sur ce point que la loi du 30 août 1883 apporte au Code de procédure une innovation que ses auteurs n'ont peut-être pas prévue. L'article 468, supposant que les juges à départager ont pu siéger en nombre pair, et considérant qu'en fait c'est dans les tribunaux ainsi composés que le partage se produit le plus souvent, prescrivait d'appeler toujours des départiteurs en nombre impair, afin que le tribunal ne se trouvât pas de nouveau composé de magistrats en nombre pair. C'est la règle inverse qu'il faut suivre aujourd'hui, et ce n'est pas un ou trois, mais deux départiteurs, que le tribunal doit appeler pour ne pas se trouver composé en nombre pair : ce qui serait non-seulement contraire à la loi du 30 août 1883[6] mais encore très imprudent, le partage étant surtout à craindre dans les tribunaux où chaque opinion peut réunir le même nombre de voix[7].

§ **1067**. 3° Aucun texte ne fixe le délai dans lequel doit être rendu le jugement qui vide le partage[1], mais il serait contraire à l'esprit de la loi qu'il fût rendu à l'audience où le tribunal a déclaré le partage, et avant que les départiteurs fûssent à même de juger en connaissance de cause[2]. Il faut,

[5] Il a cependant été jugé que les membres de la chambre qui a déclaré le partage peuvent, s'ils n'ont pas connu de l'affaire, être appelés comme départiteurs d'après l'ordre du tableau particulier de cette chambre, quand même ils ne seraient pas les plus anciens sur le tableau général du tribunal (Req. 21 août 1848; D. P. 48. 1. 223), et bien qu'ils ne fissent pas encore partie de cette chambre le jour où le jugement de partage a été rendu (Req. 31 mai 1843, D. A. *v° cit.*, n° 132; req. 9 avr. 1850, D. P. 50. 1. 131). Le plus ancien des avocats présents à l'audience peut-il départager le tribunal, alors qu'il n'est pas le plus ancien des avocats inscrits au tableau? La cour de cassation a jugé affirmativement, à condition que les parties y aient donné leur consentement (Civ. rej. 22 mai 1832; D. A. *v° cit.*, n° 120). Cela revient à dire que ce procédé est irrégulier et que le jugement ainsi rendu est entaché de nullité, mais que cette nullité peut se couvrir ainsi qu'il sera dit au § suivant, note 6. Si l'un des magistrats qui ont concouru au jugement de partage se trouve empêché de siéger ou ne fait plus partie du tribunal, on le remplace d'abord suivant les règles posées t. I, § **65**, et on appelle ensuite les départiteurs suivant l'ordre du tableau : le tout à peine de nullité (Civ. cass. 7 janv. 1885; D. P. 85. 1. 236).

[6] Art. 4.

[7] Boitard et Colmet-Daage, *op. et loc. cit.* Glasson, *Note* dans D. P. 84. 1. 17.

§ **1067**. [1] Civ. rej. 6 déc. 1853 (D. P. 54. 5. 456).

[2] Colmar, 7 févr. 1845 (D. P. 45. 4. 330).

tout au contraire, que la cause soit de nouveau conclue, plaidée, et rapportée s'il s'agit d'une instruction par écrit[3]; mais il est clair qu'elle doit se présenter devant eux dans le même état que devant les juges qui en ont déjà connu, et que, le jugement de partage en arrêtant définitivement les termes, les parties ne peuvent plus former de nouvelles demandes, ni le tribunal ordonner de nouveaux moyens d'instruction[4]. Le jugement qui vide le partage fait connaître à quelles personnes on s'est adressé pour départager le tribunal, quel ordre a été suivi parmi elles, et pourquoi celles qu'on a fait siéger ne sont pas les premières dans l'ordre du tableau[5]. Tout ce qui précède est prescrit à peine de nullité[6]. Les juges qui se sont trouvés partagés ne sont pas liés par l'avis qu'ils ont émis, et peuvent se prononcer en sens contraire lors du jugement qui vide le partage[7].

[3] Paris, 19 mars 1816 (D. A. *v° cit.*, n° 136). Le ministère public doit être entendu de nouveau si l'affaire est de communication (Civ. cass. 14 vent. an IV, D. A. *v° cit.*, n° 137; civ. cass. 13 nov. 1849, D. P. 49. 5. 262).

[4] C'est-à-dire que le terrain du litige ne peut être étendu ou déplacé : 1° par les parties qui voudraient poser des conclusions nouvelles, former, par exemple, des demandes reconventionnelles (Nîmes, 22 févr. 1812, Montpellier, 18 juin 1840; D. A. *v° cit.*, n° 107) : 2° par le tribunal lui-même, qui ne peut ordonner un mode d'instruction dont il n'avait pas été question avant le jugement de partage (Rouen, 11 avr. 1809; D. A. v° *Interrogatoire sur faits et articles*, n° 46). Toutefois, rien n'empêche une partie de restreindre ses prétentions, du moment qu'elle ne change pas la question sur laquelle le tribunal a été partagé : elle demandait la nullité d'un testament et, par suite, la restitution de toute la succession; elle peut demander encore cette nullité, mais ne plus conclure qu'à la restitution d'une partie de la succession (Req. 10 mai 1859; D. P. 59. 1. 422). Il est également certain que le tribunal est apte, avec sa nouvelle composition, à statuer sur les incidents qui ne sont ni le fait des parties ni le résultat de l'initiative du juge : que l'instance vienne à être interrompue par le décès d'une partie ou par la cessation des fonctions de son avoué, le tribunal complété par les départiteurs connaîtra, évidemment, de cette complication (Voy., sur ce point, civ. rej. 15 mess. an XI; D. A. v° *Jugement*, n° 139).

[5] Colmar, 5 févr. 1845 (D. P. 45. 4. 330). Il n'est cependant pas nécessaire que le jugement spécifie la cause de l'empêchement (Civ. rej. 4 juill. 1836; D. A. *v° cit.*, n° 124).

[6] Est-ce une nullité d'ordre public? La question est controversée, mais les arrêts les plus récents résolvent cette question négativement. Ils décident : 1° que les parties ne peuvent demander la nullité d'un jugement rendu après partage, après avoir consenti à plaider de nouveau sans que le partage ait été régulièrement déclaré, ou que les départiteurs aient été appelés conformément à la loi (Civ. rej. 22 mai 1832; D. A. *v° cit.*, n° 120) : 2° que ces irrégularités ne peuvent être invoquées pour la première fois devant la cour de cassation (Req. 9 août 1826, D. A. v° *Organisation judiciaire*, n° 161, req. 12 août 1834, D. A. *v° cit.*, n° 189 : *contrà*, civ. cass. 4 juill. 1822, D. A. v° *Jugement*, n° 121, civ. cass. 15 juill. 1829, D. A. *v° cit.*, n° 108).

[7] Grenoble, 2 août 1808 (D. A. *v° cit.*, n° 112). Leur présence est cependant

§ **1068**. *b*. Le partage peut se produire dans les tribunaux de commerce auxquels ne s'applique pas la loi du 30 août 1883[1], en supposant : 1° dans un tribunal composé en nombre pair, α) deux opinions dont chacune réunit le même nombre de voix; β) trois opinions dont aucune n'est plus faible en nombre, en sorte qu'aucun des juges n'est tenu d'abandonner son avis; γ) trois opinions, deux sans majorité, la troisième plus faible en nombre, et le défenseur de celle-ci se ralliant à celle des deux premières qui étaient en minorité par rapport à l'autre[2]; 2° dans un tribunal composé en nombre impair, trois opinions dont aucune n'a, même implicitement, la majorité sur les autres, en sorte qu'aucun juge n'est tenu de s'y rallier. *Premier exemple :* Primus demandeur, Secundus défendeur, et quatre juges qui opinent, deux pour Primus, deux pour Secundus. *Second exemple :* Primus et Secundus plaident sur la propriété de marchandises dont Tertius, intervenant, se prétend aussi propriétaire; deux juges se prononcent pour Primus, un pour Secundus, un pour Tertius; ces deux derniers ne sont pas tenus de renoncer à leur opinion, car aucun des plaideurs n'a la majorité, Primus n'ayant obtenu que deux voix sur quatre[3]. *Troisième*

nécessaire, et les départiteurs ne pourraient juger sans eux (Paris, 30 juill. 1811, D. A. *v° cit.*, n° 141; Caen, 16 janv. 1843, D. A. *v° cit.*, n° 43); en d'autres termes, le partage n'est vidé régulièrement que par un jugement rendu en présence de tous les magistrats qui ont pris part au jugement de partage et des départiteurs qu'ils se sont adjoints, en sorte que le tribunal composé en vue de vider le partage compte toujours, au moins, un membre de plus que le jour où il l'a déclaré (Civ. cass. 7 janv. 1885; D. P. 85. 1. 236). C'est tellement vrai que les juges qui seraient sortis de la chambre par l'effet du roulement, depuis qu'elle a déclaré le partage, devraient y être rappelés pour le vider (Civ. cass. 31 mars 1851; D. P. 51. 1. 65), et que, si l'un des juges qui ont concouru au jugement qui a déclaré ce partage se trouvait empêché de siéger à celui qui le vide, il devrait être remplacé suivant les règles posées t. I, § **65** (Civ. cass. 11 févr. 1835; D. A. *v° cit.*, n° 121). D'autre part, le tribunal qui a déclaré le partage et désigné un départiteur ne peut vider le partage sans lui, lors même qu'il serait en nombre au jour fixé à cet effet (Paris, 30 juill. 1811; D. A. *v° cit.*, n° 139).

§ **1068**. [1] Voy. *suprà*, § **1050**.

[2] Le partage pourrait encore se produire dans le même cas, si l'on admettait, avec M. Glasson, que, sur trois juges dont l'un accorde la somme demandée, le second la refuse, et le troisième en accorde la moitié, le second, obligé d'abandonner son avis et de reconnaître l'existence de la créance, a le droit de ne se rallier à l'opinion d'aucun de ses collègues sur le chiffre de la condamnation, et d'opiner pour un chiffre intermédiaire (Voy., sur ce point, *suprà*, § **1065**, note 4).

[3] Carré, *op. cit.*, t. II, p. 576, note 1. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 252.

exemple : Primus réclame à Secundus le paiement d'une somme de 10.000 francs; les deux premiers juges sont d'avis qu'elle est due, le troisième qu'il n'est dû que 5.000 francs, le quatrième qu'il n'est rien dû; celui-ci est tenu de renoncer à son avis, car il y a majorité implicite sur l'existence de la dette; s'il se rallie à l'opinion qui n'accorde à Primus que 5.000 francs, il y a partage, car il y a désormais deux voix contre deux[4]. *Quatrième exemple :* Primus, Secundus et Tertius se prétendent tous trois propriétaires de marchandises; les trois juges qui composent le tribunal votent l'un pour Primus, l'autre pour Secundus, le dernier pour Tertius; aucune opinion n'a, même implicitement, la majorité, et, chaque juge ayant le droit de garder la sienne, le partage est inévitable. On suit alors les mêmes règles que dans les tribunaux de première instance, sauf deux exceptions : 1° l'article 468 demeure applicable, les tribunaux de commerce pouvant siéger en nombre pair; on appelle donc des départiteurs en nombre impair[5]; 2° on n'appelle pas en cette qualité des avocats ou des avoués, mais, à défaut de suppléants, des personnes prises dans l'ordre du tableau sur la liste dont il est parlé au § **72**[6].

§ **1069**. VI. Quand le jugement est formé, il faut en arrêter les termes : c'est au président qu'il appartient de le rédiger, à moins que ce soin n'ait été confié au rapporteur[1]. Parfois même ils ont rédigé d'avance un projet de jugement qui sert de base et comme de programme au délibéré. Il peut arriver aussi que, pour gagner du temps et ne pas faire attendre les parties, on arrête une rédaction sommaire et provisoire, sauf à donner ensuite au jugement une forme

[4] Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit. Contrà,* Carré, *op. et loc. cit.*
[5] Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*
[6] Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 241.

§ **1069**. [1] Les jugements doivent, comme les actes de procédure, être rédigés en français. Est-ce à peine de nullité? Voy., pour l'affirmative, crim. cass. 16 févr. 1833 (D. A. *v° cit.*, n° 834); pour la négative, req. 1er mars 1830 (D. A. v° *Arbitrage*, n° 1306). Je ne reproduirai pas ici les raisons que j'ai données en faveur de l'affirmative t. II, § **567**, note 22. Voy. encore, sur l'obligation de rédiger les jugements en langue française. crim. rej. 4 oct. 1810 (D. A. v° *Jugement*, n° 203).

définitive, identique pour le fond, mais mieux étudiée et plus complète[2]. Les seuls jugements qu'on ne soit pas tenu de rédiger par écrit sont ceux qui ordonnent des mesures d'instruction extrêmement simples, comme la suspension de l'audience, la continuation de l'affaire à un autre jour, le délibéré en chambre du conseil, ou la mise des pièces sur le bureau du tribunal[3].

§ **1070**. VII. Il n'y a plus maintenant qu'à prononcer le jugement : c'est le privilège, mais c'est aussi la charge du président; lui présent, aucun autre juge ne pourrait lire le jugement[1]. A quel moment cette formalité peut-elle être remplie, et quel en est l'effet?

§ **1071**. 1° Il n'y a pas de jour fixe où le jugement doive être rendu[1]; il y a seulement un moment psychologique où le tribunal en possession des éléments du litige n'a plus le droit d'en faire attendre la solution : en jugeant plus tôt, il violerait le droit de la défense; en tardant plus longtemps, il commettrait un déni de justice[2].

A. Le tribunal ne peut juger avant que les parties aient pu se faire entendre[3]; le jugement rendu avant l'expiration du délai de l'assignation est nul[4]. Même règle, si le défendeur

[2] Le jugement ne devient irrévocable que par son prononcé à l'audience (Voy. *infrà*. § **1072**), mais, à partir de ce moment, il ne peut être modifié que dans des cas très exceptionnels (Voy. *infrà*, §§ **1118** et suiv.).

[3] Req. 19 juill. 1820 (D. A. *v° cit.*, n° 206). Il en est de même des jugements disciplinaires (Grenoble, 7 juill. 1827, D. A. v° *Avocat*, n° 462; req. 7 juin 1847, D. P. 47. 1. 235).

§ **1070**. [1] C'est une des fonctions qu'il ne peut déléguer, et qui ne passe que s'il est empêché (Voy., sur cette hypothèse, civ. rej. 12 août 1891; D. P. 92. 1. 623; S. 92. 1. 245) au plus ancien juge dans l'ordre du tableau (T. I, § **68**); mais un juge qui a assisté à toutes les audiences de la cause (Voy. *suprà*, § **1052**) peut lire le jugement en l'absence de celui qui les a présidées (Civ. rej. 12 août 1891; S. 92. 1. 245).

§ **1071**. [1] Voy., sur les diverses manières de rendre un jugement, t. II, § **689**.

[2] Voy., sur le déni de justice, et sur les conséquences qu'il entraîne, t. I, §§ **140** et suiv.

[3] Je dis *les parties*, laissant de côté, comme toujours, le cas où l'une d'elles ferait défaut (Voy., sur ce cas, le tome VI).

[4] Civ. cass. 14 niv. an VIII (D. A. v° *Douanes*, n° 927). Il en est de même, à plus forte raison, si le tribunal rend jugement contre une partie qui n'a pas été assignée devant lui, et qu'il n'a, par conséquent, pas le droit de juger, même par défaut (Civ. cass. 24 mai 1892, D. P. 92. 1. 328, S. 92. 1. 552; voy., sur les

a constitué avoué, pour le jugement rendu avant l'expiration du délai qu'il a pour signifier ses défenses; même règle, si le défendeur a signifié des défenses, pour le jugement rendu avant l'expiration du délai que le demandeur a pour y répondre[5]. Bien plus, le tribunal devant lequel le défendeur a été assigné à jour fixe ne peut, sans assignation nouvelle, rendre jugement à une audience suivante, le défendeur n'étant pas tenu de se présenter chaque jour pour voir s'il plaira au demandeur de faire appeler la cause[6]. L'instruction close et le rôle des parties terminé, la situation change, et rien ne s'oppose plus à ce que le jugement soit rendu. Les tribunaux civils et de commerce jugent sur-le-champ, ou renvoient l'affaire à une autre audience pour en délibérer dans l'intervalle[7]; ils ne sont tenus, dans ce dernier cas, ni d'indiquer le jour où le jugement sera rendu[8], ni de le rendre au jour même qu'ils ont fixé[9]; le délibéré peut se prolonger suivant les exigences de la cause[10], et le jugement peut être rendu, même sans renvoi[11], à une audience plus éloignée que celle qui a été primitivement fixée[12]. Le tribunal peut même avancer le jour où le jugement sera rendu, et le prononcer, s'il est prêt, à une audience plus rapprochée que celle qu'il a d'abord indiquée : le renvoi à tel jour pour rendre le jugement n'étant qu'une mesure d'ordre et de service intérieur,

jugements par défaut et sur les instances dans lesquelles un tribunal peut statuer de cette manière, le tome VI).

[5] Bordeaux, 9 juill. 1828; Paris, 27 août 1829 (D. A. v° *Jugement*, n° 144). Comp. t. II, § **678**.

[6] Lyon, 22 juin 1831 (D. A. v° *Délai*, n° 110). Rennes, 4 déc. 1834 (D. A. v° *Jugement*, *loc. cit.*).

[7] Voy. t. II, § **689**.

[8] L'article 116 dit que « les juges pourront continuer la cause à une des pro« chaines audiences pour prononcer le jugement », mais l'indication d'un jour fixe n'est pas requise à peine de nullité (Rennes, 31 juill. 1809 et 31 août 1810, req. 24 juin 1818; D. A. *v° cit.*, n° 151). Il en est de même de l'article 93, d'après lequel le tribunal qui ordonne un délibéré sur rapport indique le jour où le rapport devra être fait (Voy. t. II, § **689**).

[9] Il peut être rendu pendant les vacations, après que les conclusions et les plaidoiries ont eu lieu au cours de l'année judiciaire (Liège, 20 nov. 1834; D. A. *v° et loc. cit.*).

[10] Req. 31 juill. 1849 (D. P. 49. 5. 260).

[11] Bruxelles, 10 mars 1819 (D. A. *v° cit.*, n° 152). Req. 7 juin 1832 (D. A. *v° cit.*, n° 151).

[12] Civ. rej. 24 vent. an XI (D. A. *v° cit.*, n° 154). Paris, 17 mai 1814 (D. A. *v° cit.*, n° 151). Req. 13 nov. 1834 (D. A. *v° cit.*, n° 82). Trib. de la Seine, 28 avr. 1841 (D. A. v° *Enregistrement*, n° 4697).

les droits de la défense ne sont pas violés du moment que les conclusions ont été prises, les plaidoiries prononcées, et le ministère public entendu s'il y a lieu[13]. Les mêmes règles s'appliquent aux juges de paix et aux conseils de prud'hommes : le décret du 11 juin 1809, aux termes duquel ces derniers statuent « sur-le-champ »[14], ne leur interdit pas de mettre l'affaire en délibéré[15], et l'article 13 autorise expressément le juge de paix à renvoyer son jugement à une autre audience[16].

b) Que le tribunal prenne son temps, c'est l'intérêt même des parties qui l'exige, car plus il réfléchira, plus elles auront de chances d'être bien jugées. Il ne peut cependant les laisser indéfiniment dans l'attente : s'il tarde trop, elles ont le droit de le mettre en demeure au moyen des sommations dont il est parlé au § **140**. Le demandeur risquerait même beaucoup à ne pas le faire, car on verra au tome VII de ce Traité qu'après trois ans à partir du dernier acte de procédure la péremption pourrait être prononcée, faute par lui de n'avoir pas suivi l'instance, autant qu'il était en son pouvoir, en sommant le tribunal de prononcer son jugement. L'article 15, encore plus rigoureux, déclare la péremption acquise de plein droit en justice de paix, toutes les fois qu'un jugement interlocutoire ayant été rendu, la solution définitive n'intervient pas dans les quatre mois de ce jugement. En quoi cette péremption consiste-t-elle, par où déroge-t-elle au droit commun, et comment peut-elle se couvrir? On trouvera également au tome VII la réponse à ces questions.

§ **1072**. 2° C'est un acte important que le prononcé du jugement, car on voit par l'article 116 : « Les jugements seront « rendus à la pluralité des voix et prononcés sur-le-champ », qu'un jugement rendu est la même chose qu'un jugement prononcé, que ce n'est ni avant ni après, mais à ce moment précis, que le jugement peut être considéré comme acquis, et que, si l'on avait par hasard rempli avant de le prononcer les formalités qui ne s'accomplissent ordinairement qu'après

[13] Req. 28 févr. 1865 (D. P. 65. 1. 420). Metz, 14 janv. 1867 (D. P. 67. 1. 430).
[14] Art. 36.
[15] Voy. cep. Mollot, *op. cit.*, n° 330.
[16] Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 466. Le décret du 26 octobre 1790 obligeait les juges de paix à statuer « incontinent » (Tit. VII, art. 5).

— transcrire le jugement sur la feuille d'audience et le signer — ce ne serait, malgré tout, qu'un projet dépourvu de l'autorité et de la force exécutoire des jugements[1]. De ce principe résultent les conséquences suivantes. 1° Le tribunal peut rétracter son jugement tant qu'il n'est pas prononcé; un de ses membres, pris de scrupule, peut demander un nouveau délibéré où les choses se retrouveront entières, aucun juge n'étant lié par l'opinion qu'il aura précédemment émise[2]. 2° Si le tribunal n'est composé que de trois juges et que l'un d'eux vienne à mourir, ou si le décès d'un juge fait disparaître la majorité qui s'était formée dans le sens du jugement, celui-ci tombe de plein droit : un nouveau délibéré s'ouvre, on procède à un nouveau scrutin, et, si la majorité ne peut se reformer dans aucun sens, il n'y a plus qu'à déclarer le partage et à procéder ainsi qu'il est dit au § **1088**[3]. C'est pour éviter ces complications qu'on se hâte presque toujours de prononcer les jugements dès qu'ils sont arrêtés. 3° Tout le jugement doit être lu, non-seulement le dispositif, mais encore les motifs qui en sont une partie essentielle, et sans lesquels le dispositif manque d'autorité. Si la rédaction n'en est pas définitivement fixée, le président qui lit le dispositif peut et doit y ajouter des motifs suffisants pour le soutenir. Ce principe est constant; le reste est une question de mesure et d'appréciation[4]. 4° Tout jugement, même sur une affaire jugée à huis-clos, doit être prononcé dans la salle d'audience, publiquement et les portes ouvertes, le tout à peine de nullité : je renvoie aux §§ **519** et suivants pour l'application de cette règle et pour les exceptions qu'elle comporte[5]. 5° Le

§ **1072**. [1] Merlin, *Répertoire*, v° *Jugement*, § III, n° III *ter*. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 43, Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 250. Bonnier, *op. cit.*, n° 265. A l'inverse, le jugement est à considérer comme acquis dès qu'il a été prononcé, le président se fût-il réservé (Voy., sur cette hypothèse, *suprà*, § **1069**) de lui donner après coup une forme définitive (Trib. de Rethel, 8 févr. 1893; D. P. 94. 2. 91). D'autre part, il produit son effet dès la première heure du jour où il est prononcé, et, par exemple, un jugement de dissolution de société rendu à cinq heures de l'après-midi annule la cession d'effets à recouvrer qui a été faite à cette société le même jour avant cette heure (Caen, 31 mars 1879; D. A. *v° cit.*, supp., n° 344).

[2] Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. et loc. cit.*

[3] Bonnier, *op. et loc. cit.*

[4] Voy., sur ce point, Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 158 et 160; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 595 *bis*; req. 11 janv. 1892 (D. P. 94. 1. 65; S. 94. 1. 321).

[5] Je ne m'occupe ici que de la juridiction qui s'exerce à l'audience (Voy., sur la publicité en matière de juridiction gracieuse et dans les affaires contentieuses

§ **1066**. 2° Lorsqu'aucune opinion n'ayant sur les autres une majorité formelle ou implicite, aucun juge n'est tenu de s'y rallier, on déclare le partage en constatant seulement le résultat du vote, sans entrer dans aucun détail sur la manière dont les voix se sont réparties[1]. On dit, en effet, qu'il y a partage de voix ou d'opinions, ou plus brièvement partage, lorsqu'il n'y a ni majorité absolue formée de prime-abord, ni moyen légal d'en faire une[2]. L'article 118 qui s'y réfère est : d'une part, complété par l'article 468 relatif au partage dans les cours d'appel, mais également applicable dans les tribunaux de première instance ; d'autre part, virtuellement modifié par la loi du 30 août 1883[3]. Il résulte de ces textes combi-

§ **1066**. [1] Ce serait violer le secret de la délibération (Carré, *op. cit.*, t. II quest. 491 ; Chauveau, sur Carré, *ib.*: voy., sur ce secret, t. I, § **55**, et *suprà*, § **1062**). Le jugement de partage a l'autorité de la chose jugée, et le tribunal qui l'a rendu ne peut plus, même du consentement des parties, juger au fond sans l'adjonction d'un ou plusieurs départiteurs (Civ. cass. 15 juill. 1829; D. A. *v° cit.*, n° 108).

[2] On dit quelquefois que la formation, dans un tribunal, de plus de deux opinions dont aucune n'a la majorité sur les autres n'est pas le partage, et que celui-ci consiste uniquement dans la formation de deux opinions qui obtiennent chacune le même nombre de voix (Greffier, *op. et loc. cit.*). Les articles 117 et 118 pourraient sembler favorables à cette manière de voir, car ils distinguent le partage du cas où il se forme plus de deux opinions, et la commission de 1865 traitait différemment les deux hypothèses : elle voulait qu'en présence de deux opinions réunissant un nombre égal de suffrages, le juge le moins ancien fût privé de sa voix délibérative, et qu'en présence de plus de deux opinions dont aucune n'a la majorité absolue, le tribunal s'adjoignît trois autres personnes devant lesquelles on recommencerait l'affaire (Greffier, *op. et loc. cit.*). Dans l'état actuel des choses, je ne vois aucun intérêt à refuser le nom de partage à l'hypothèse où il se forme plus de deux opinions. Elle diffère de celle où il ne s'en forme que deux, en ce qu'on oblige les juges les plus faibles en nombre à se réunir à l'une des opinions émises par le plus grand nombre ; mais on vient de voir qu'elle conduit forcément au partage, comme dans le cas où, aucune opinion n'étant plus forte en nombre que les autres, aucun juge n'est tenu d'abandonner la sienne. Les juges qui se trouvent d'accord sur un point, et partagés sur un autre, ne peuvent juger définitivement le premier et déclarer le partage sur le second, si les questions sont connexes (Civ. cass. 12 mars 1834 et 13 févr. 1837; D. A. *v° cit.*, n° 101) ; mais il en est autrement si les divers chefs de la contestation sont distincts, et rien n'empêche alors les juges de statuer immédiatement sur ceux où une majorité s'est formée (Civ. cass. 23 nov. 1835, D. A. *v° cit.*, n° 102; civ. rej. 21 déc. 1859, D. P. 61. 1. 265).

[3] Art. 4. Le règlement toujours délicat des partages a traversé plusieurs phases. 1° L'ancienne jurisprudence n'avait rien de fixe à cet égard, et suivait alternativement deux procédés autorisés l'un et l'autre par des arrêts de règlement : renvoyer l'affaire à un tribunal voisin, ou départager le tribunal par l'adjonction d'un autre juge ou d'un officier du ministère public (Jousse, *op. et loc. cit.*). 2° La loi du 4 prairial an VI, rendue sous l'empire de la constitution du 5 fructidor an III qui n'instituait par département qu'un tribunal unique et, par conséquent, assez nombreux, prescrivait d'appeler comme départiteurs trois de

nés : 1) qu'on s'adressera, pour vider le partage, aux juges titulaires qui n'auront pas connu de l'affaire[1]; à leur défaut, aux juges suppléants; à leur défaut, aux avocats inscrits au tableau; à leur défaut, aux avoués; 2) que, pour n'être pas soupçonné d'avoir connu d'avance l'opinion des départiteurs,

ses membres n'ayant pas encore connu de l'affaire (Art. 1 ; voy., sur l'organisation judiciaire établie par la constitution du 5 fructidor an III, t. I, § **28**, note 2). 3° Cette règle devint difficile à appliquer sous l'empire de la loi du 27 ventôse an VIII, qui établissait des tribunaux d'arrondissement nécessairement moins nombreux que les anciens tribunaux de département ; aussi un avis du conseil d'État, du 17 germinal an IX, déclara-t-il qu'à l'avenir on appellerait comme départiteur un juge ou homme de loi ayant assisté à l'audience (Voy., sur l'organisation judiciaire établie par la loi du 27 ventôse an VIII, t. I, § **28**, note 2). L'article 118 apporte d'utiles améliorations aux législations antérieures en prescrivant : 1° d'appeler comme départiteurs des personnes qui ne connaissent pas encore l'affaire, et n'y apportent, par suite, aucun préjugé ; 2° de suivre parmi ces personnes un ordre rigoureux, qui ne permet pas de croire qu'on les ait choisies à raison de leur opinion supposée; 3° de plaider l'affaire à nouveau devant elles, pour les mettre en état de juger en connaissance de cause. Le partage a, malgré tout, de grands inconvénients : faire des frais et perdre du temps pour se trouver au dernier moment dans l'impossibilité de juger, c'est un résultat fâcheux et, aux yeux de beaucoup de personnes, un échec moral pour la justice, car il ne manque pas de gens malveillants ou superficiels pour voir dans le partage des opinions un aveu d'impuissance, et pour imputer à un travers d'esprit ou au désir de se singulariser des dissentiments qui attestent plutôt la sincérité des magistrats et l'indépendance de leur jugement (Greffier, *op. et loc. cit.*). On a proposé divers moyens d'éviter le partage. Le premier consisterait à donner voix prépondérante au président, mais cette innovation a paru contraire aux règles de notre organisation judiciaire. La commission de 1865 s'était arrêtée à un autre parti : elle distinguait suivant qu'il s'était produit deux ou plus de deux opinions, dont aucune n'avait obtenu la majorité absolue. Dans le premier cas, le jugement ne devait pas faire mention de cet incident, et le dernier juge dans l'ordre du tableau ne devait avoir que voix consultative; dans le second cas, ce procédé avait paru insuffisant, attendu que la retraite d'un des juges pouvait ne pas suffire pour constituer une majorité, et laisser en présence des opinions divisées; aussi le tribunal devait-il s'adjoindre, au nombre de trois, d'autres juges titulaires ou suppléants, des avocats ou des avoués, et plaider à nouveau la cause devant eux; si cette adjonction n'était pas possible, la partie la plus diligente devait présenter requête au premier président de la cour d'appel, afin qu'il désignât un autre tribunal (Greffier, *op. et loc. cit.*). On voit que la loi du 30 août 1883 a pris un autre parti : qu'il y ait ou non partage, le tribunal ne statue qu'en nombre impair, et, par conséquent, le juge le moins ancien n'a jamais, s'ils sont plus de trois, voix délibérative : j'ai indiqué au § **1050** les inconvénients de cette solution. On sait qu'au criminel le partage profite à l'accusé, excepté lorsqu'il s'agit pour le jury de prononcer sur les circonstances atténuantes qui ne sont accordées qu'à la majorité (C. instr. crim., art. 347).

[1] C'est-à-dire aux membres du tribunal tels qu'ils sont portés sur la liste de service dont il est parlé t. I, § **65**, note 2, et qui comprend non-seulement les simples juges mais encore les vice-présidents (Pau, 8 août 1807, D. A. *v° cit.*, n° 134 ; *contrà*, Limoges, 23 avr. 1820, D. A. *v° et loc. cit.*, req. 24 janv. 1883, D. P. 84. 1. 17, voy. *ib.* la note de M. Glasson), et même le président de la chambre qui a déclaré le partage s'il n'y siégeait pas ce jour-là (Req. 17 juill. 1828; D. A. *v° cit.*, n° 131).

on suivra pour toutes ces personnes l'ordre du tableau[5]; 3) qu'elles seront toujours appelées en nombre pair. C'est sur ce point que la loi du 30 août 1883 apporte au Code de procédure une innovation que ses auteurs n'ont peut-être pas prévue. L'article 468, supposant que les juges à départager ont pu siéger en nombre pair, et considérant qu'en fait c'est dans les tribunaux ainsi composés que le partage se produit le plus souvent, prescrivait d'appeler toujours des départiteurs en nombre impair, afin que le tribunal ne se trouvât pas de nouveau composé de magistrats en nombre pair. C'est la règle inverse qu'il faut suivre aujourd'hui, et ce n'est pas un ou trois, mais deux départiteurs, que le tribunal doit appeler pour ne pas se trouver composé en nombre pair : ce qui serait non-seulement contraire à la loi du 30 août 1883[6] mais encore très imprudent, le partage étant surtout à craindre dans les tribunaux où chaque opinion peut réunir le même nombre de voix[7].

§ **1067**. 3° Aucun texte ne fixe le délai dans lequel doit être rendu le jugement qui vide le partage[1], mais il serait contraire à l'esprit de la loi qu'il fût rendu à l'audience où le tribunal a déclaré le partage, et avant que les départiteurs fussent à même de juger en connaissance de cause[2]. Il faut,

[5] Il a cependant été jugé que les membres de la chambre qui a déclaré le partage peuvent, s'ils n'ont pas connu de l'affaire, être appelés comme départiteurs d'après l'ordre du tableau particulier de cette chambre, quand même ils ne seraient pas les plus anciens sur le tableau général du tribunal (Req. 21 août 1848 : D. P. 48. 1. 223), et bien qu'ils ne fissent pas encore partie de cette chambre le jour où le jugement de partage a été rendu (Req. 31 mai 1843, D. A. *v° cit.*, n° 132 ; req. 9 avr. 1850, D. P. 50. 1. 131). Le plus ancien des avocats présents à l'audience peut-il départager le tribunal, alors qu'il n'est pas le plus ancien des avocats inscrits au tableau? La cour de cassation a jugé affirmativement, à condition que les parties y aient donné leur consentement (Civ. rej. 22 mai 1832 ; D. A. *v° cit.*, n° 120). Cela revient à dire que ce procédé est irrégulier et que le jugement ainsi rendu est entaché de nullité, mais que cette nullité peut se couvrir ainsi qu'il sera dit au § suivant, note 6. Si l'un des magistrats qui ont concouru au jugement de partage se trouve empêché de siéger ou ne fait plus partie du tribunal, on le remplace d'abord suivant les règles posées t. I, § **65**, et on appelle ensuite les départiteurs suivant l'ordre du tableau : le tout à peine de nullité (Civ. cass. 7 janv. 1885 ; D. P. 85. 1. 236).

[6] Art. 4.

[7] Boitard et Colmet-Daage, *op. et loc. cit.* Glasson, *Note* dans D. P. 84. 1. 17.

§ **1067**. [1] Civ. rej. 6 déc. 1853 (D. P. 54. 5. 456).

[2] Colmar, 7 févr. 1845 (D. P. 45. 4. 330).

tout au contraire, que la cause soit de nouveau conclue, plaidée, et rapportée s'il s'agit d'une instruction par écrit[3]; mais il est clair qu'elle doit se présenter devant eux dans le même état que devant les juges qui en ont déjà connu, et que, le jugement de partage en arrêtant définitivement les termes, les parties ne peuvent plus former de nouvelles demandes, ni le tribunal ordonner de nouveaux moyens d'instruction[4]. Le jugement qui vide le partage fait connaître à quelles personnes on s'est adressé pour départager le tribunal, quel ordre a été suivi parmi elles, et pourquoi celles qu'on a fait siéger ne sont pas les premières dans l'ordre du tableau[5]. Tout ce qui précède est prescrit à peine de nullité[6]. Les juges qui se sont trouvés partagés ne sont pas liés par l'avis qu'ils ont émis, et peuvent se prononcer en sens contraire lors du jugement qui vide le partage[7].

[3] Paris, 19 mars 1816 (D. A. *v° cit.*, n° 136). Le ministère public doit être entendu de nouveau si l'affaire est de communication (Civ. cass. 14 vent. an IV, D. A. *v° cit.*, n° 137; civ. cass. 13 nov. 1849, D. P. 49. 5. 262).

[4] C'est-à-dire que le terrain du litige ne peut être étendu ou déplacé : 1° par les parties qui voudraient poser des conclusions nouvelles, former, par exemple, des demandes reconventionnelles (Nîmes, 22 févr. 1812, Montpellier, 18 juin 1840; D. A. *v° cit.*, n° 107) : 2° par le tribunal lui-même, qui ne peut ordonner un mode d'instruction dont il n'avait pas été question avant le jugement de partage (Rouen, 11 avr. 1809; D. A. v° *Interrogatoire sur faits et articles*, n° 46). Toutefois, rien n'empêche une partie de restreindre ses prétentions, du moment qu'elle ne change pas la question sur laquelle le tribunal a été partagé : elle demandait la nullité d'un testament et, par suite, la restitution de toute la succession; elle peut demander encore cette nullité, mais ne plus conclure qu'à la restitution d'une partie de la succession (Req. 10 mai 1859; D. P. 59. 1. 422). Il est également certain que le tribunal est apte, avec sa nouvelle composition, à statuer sur les incidents qui ne sont ni le fait des parties ni le résultat de l'initiative du juge : que l'instance vienne à être interrompue par le décès d'une partie ou par la cessation des fonctions de son avoué, le tribunal complété par les départiteurs connaîtra, évidemment, de cette complication (Voy., sur ce point, civ. rej. 15 mess. an XI; D. A. v° *Jugement*, n° 139).

[5] Colmar, 5 févr. 1845 (D. P. 45. 4. 330). Il n'est cependant pas nécessaire que le jugement spécifie la cause de l'empêchement (Civ. rej. 4 juill. 1836; D. A. *v° cit.*, n° 124).

[6] Est-ce une nullité d'ordre public? La question est controversée, mais les arrêts les plus récents résolvent cette question négativement. Ils décident : 1° que les parties ne peuvent demander la nullité d'un jugement rendu après partage, après avoir consenti à plaider de nouveau sans que le partage ait été régulièrement déclaré, ou que les départiteurs aient été appelés conformément à la loi (Civ. rej. 22 mai 1832; D. A. *v° cit.*, n° 120) : 2° que ces irrégularités ne peuvent être invoquées pour la première fois devant la cour de cassation (Req. 9 août 1826, D. A. v° *Organisation judiciaire*, n° 161, req. 12 août 1834, D. A. *v° cit.*, n° 189 : *contrà*, civ. cass. 4 juill. 1822, D. A. v° *Jugement*, n° 121, civ. cass. 15 juill. 1829, D. A. *v° cit.*, n° 108).

[7] Grenoble, 2 août 1808 (D. A. *v° cit.*, n° 112). Leur présence est cependant

§ **1068**. *b*. Le partage peut se produire dans les tribunaux de commerce auxquels ne s'applique pas la loi du 30 août 1883[1], en supposant : 1° dans un tribunal composé en nombre pair, α) deux opinions dont chacune réunit le même nombre de voix; β) trois opinions dont aucune n'est plus faible en nombre, en sorte qu'aucun des juges n'est tenu d'abandonner son avis; γ) trois opinions, deux sans majorité, la troisième plus faible en nombre, et le défenseur de celle-ci se ralliant à celle des deux premières qui étaient en minorité par rapport à l'autre[2]; 2° dans un tribunal composé en nombre impair, trois opinions dont aucune n'a, même implicitement, la majorité sur les autres, en sorte qu'aucun juge n'est tenu de s'y rallier. *Premier exemple :* Primus demandeur, Secundus défendeur, et quatre juges qui opinent, deux pour Primus, deux pour Secundus. *Second exemple :* Primus et Secundus plaident sur la propriété de marchandises dont Tertius, intervenant, se prétend aussi propriétaire; deux juges se prononcent pour Primus, un pour Secundus, un pour Tertius; ces deux derniers ne sont pas tenus de renoncer à leur opinion, car aucun des plaideurs n'a la majorité, Primus n'ayant obtenu que deux voix sur quatre[3]. *Troisième*

nécessaire, et les départiteurs ne pourraient juger sans eux (Paris, 30 juill. 1811, D. A. *v° cit.*, n° 141; Caen, 16 janv. 1843, D. A. *v° cit.*, n° 43); en d'autres termes, le partage n'est vidé régulièrement que par un jugement rendu en présence de tous les magistrats qui ont pris part au jugement de partage et des départiteurs qu'ils se sont adjoints, en sorte que le tribunal composé en vue de vider le partage compte toujours, au moins, un membre de plus que le jour où il l'a déclaré (Civ. cass. 7 janv. 1885; D. P. 85. 1. 236). C'est tellement vrai que les juges qui seraient sortis de la chambre par l'effet du roulement, depuis qu'elle a déclaré le partage, devraient y être rappelés pour le vider (Civ. cass. 31 mars 1851; D. P. 51. 1. 65), et que, si l'un des juges qui ont concouru au jugement qui a déclaré ce partage se trouvait empêché de siéger à celui qui le vide, il devrait être remplacé suivant les règles posées t. I, § **65** (Civ. cass. 11 févr. 1835; D. A. *v° cit.*, n° 121). D'autre part, le tribunal qui a déclaré le partage et désigné un départiteur ne peut vider le partage sans lui, lors même qu'il serait en nombre au jour fixé à cet effet (Paris, 30 juill. 1811; D. A. *v° cit.*, n° 139).

§ **1068**. [1] Voy. *suprà*, § **1050**.

[2] Le partage pourrait encore se produire dans le même cas, si l'on admettait, avec M. Glasson, que, sur trois juges dont l'un accorde la somme demandée, le second la refuse, et le troisième en accorde la moitié, le second, obligé d'abandonner son avis et de reconnaître l'existence de la créance, a le droit de ne se rallier à l'opinion d'aucun de ses collègues sur le chiffre de la condamnation, et d'opiner pour un chiffre intermédiaire (Voy., sur ce point, *suprà*, § **1065**, note 4).

[3] Carré, *op. cit.*, t. II, p. 576, note 1. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 252.

exemple : Primus réclame à Secundus le paiement d'une somme de 10.000 francs; les deux premiers juges sont d'avis qu'elle est due, le troisième qu'il n'est dû que 5.000 francs, le quatrième qu'il n'est rien dû; celui-ci est tenu de renoncer à son avis, car il y a majorité implicite sur l'existence de la dette; s'il se rallie à l'opinion qui n'accorde à Primus que 5.000 francs, il y a partage, car il y a désormais deux voix contre deux[4]. *Quatrième exemple :* Primus, Secundus et Tertius se prétendent tous trois propriétaires de marchandises; les trois juges qui composent le tribunal votent l'un pour Primus, l'autre pour Secundus, le dernier pour Tertius; aucune opinion n'a, même implicitement, la majorité, et, chaque juge ayant le droit de garder la sienne, le partage est inévitable. On suit alors les mêmes règles que dans les tribunaux de première instance, sauf deux exceptions : 1° l'article 468 demeure applicable, les tribunaux de commerce pouvant siéger en nombre pair; on appelle donc des départiteurs en nombre impair[5]; 2° on n'appelle pas en cette qualité des avocats ou des avoués, mais, à défaut de suppléants, des personnes prises dans l'ordre du tableau sur la liste dont il est parlé au § **72**[6].

§ **1069**. VI. Quand le jugement est formé, il faut en arrêter les termes : c'est au président qu'il appartient de le rédiger, à moins que ce soin n'ait été confié au rapporteur[1]. Parfois même ils ont rédigé d'avance un projet de jugement qui sert de base et comme de programme au délibéré. Il peut arriver aussi que, pour gagner du temps et ne pas faire attendre les parties, on arrête une rédaction sommaire et provisoire, sauf à donner ensuite au jugement une forme

[4] Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit.* *Contrà*, Carré, *op. et loc. cit.*
[5] Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*
[6] Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 241.

§ **1069**. [1] Les jugements doivent, comme les actes de procédure, être rédigés en français. Est-ce à peine de nullité? Voy., pour l'affirmative, crim. cass. 16 févr. 1833 (D. A. *v° cit.*, n° 834); pour la négative, req. 1er mars 1830 (D. A. v° *Arbitrage*, n° 1306). Je ne reproduirai pas ici les raisons que j'ai données en faveur de l'affirmative t. II, § **567**, note 22. Voy. encore, sur l'obligation de rédiger les jugements en langue française, crim. rej. 4 oct. 1810 (D. A. v° *Jugement*, n° 203).

définitive, identique pour le fond, mais mieux étudiée et plus complète[2]. Les seuls jugements qu'on ne soit pas tenu de rédiger par écrit sont ceux qui ordonnent des mesures d'instruction extrêmement simples, comme la suspension de l'audience, la continuation de l'affaire à un autre jour, le délibéré en chambre du conseil, ou la mise des pièces sur le bureau du tribunal[3].

§ **1070**. VII. Il n'y a plus maintenant qu'à prononcer le jugement : c'est le privilège, mais c'est aussi la charge du président; lui présent, aucun autre juge ne pourrait lire le jugement[1]. A quel moment cette formalité peut-elle être remplie, et quel en est l'effet?

§ **1071**. 1° Il n'y a pas de jour fixe où le jugement doive être rendu[1]; il y a seulement un moment psychologique où le tribunal en possession des éléments du litige n'a plus le droit d'en faire attendre la solution : en jugeant plus tôt, il violerait le droit de la défense; en tardant plus longtemps, il commettrait un déni de justice[2].

A. Le tribunal ne peut juger avant que les parties aient pu se faire entendre[3]; le jugement rendu avant l'expiration du délai de l'assignation est nul[4]. Même règle, si le défendeur

[2] Le jugement ne devient irrévocable que par son prononcé à l'audience (Voy. *infrà*, § **1072**), mais, à partir de ce moment, il ne peut être modifié que dans des cas très exceptionnels (Voy. *infrà*, §§ **1118** et suiv.).

[3] Req. 19 juill. 1820 (D. A. *v° cit.*, n° 206). Il en est de même des jugements disciplinaires (Grenoble, 7 juill. 1827, D. A. v° *Avocat*, n° 462; req. 7 juin 1847, D. P. 47. 1. 235).

§ **1070**. [1] C'est une des fonctions qu'il ne peut déléguer, et qui ne passe que s'il est empêché (Voy., sur cette hypothèse, civ. rej. 12 août 1891; D. P. 92. 1. 623; S. 92. 1. 245) au plus ancien juge dans l'ordre du tableau (T. I, § **68**); mais un juge qui a assisté à toutes les audiences de la cause (Voy. *suprà*, § **1052**) peut lire le jugement en l'absence de celui qui les a présidées (Civ. rej. 12 août 1891; S. 92. 1. 245).

§ **1071**. [1] Voy., sur les diverses manières de rendre un jugement, t. II, § **689**.

[2] Voy., sur le déni de justice, et sur les conséquences qu'il entraîne, t. I, §§ **140** et suiv.

[3] Je dis *les parties*, laissant de côté, comme toujours, le cas où l'une d'elles ferait défaut (Voy., sur ce cas, le tome VI).

[4] Civ. cass. 14 niv. an VIII (D. A. v° *Douanes*, n° 927). Il en est de même, à plus forte raison, si le tribunal rend jugement contre une partie qui n'a pas été assignée devant lui, et qu'il n'a, par conséquent, pas le droit de juger, même par défaut (Civ. cass. 24 mai 1892, D. P. 92. 1. 328, S. 92. 1. 552; voy., sur les

a constitué avoué, pour le jugement rendu avant l'expiration du délai qu'il a pour signifier ses défenses; même règle, si le défendeur a signifié des défenses, pour le jugement rendu avant l'expiration du délai que le demandeur a pour y répondre[5]. Bien plus, le tribunal devant lequel le défendeur a été assigné à jour fixe ne peut, sans assignation nouvelle, rendre jugement à une audience suivante, le défendeur n'étant pas tenu de se présenter chaque jour pour voir s'il plaira au demandeur de faire appeler la cause[6]. L'instruction close et le rôle des parties terminé, la situation change, et rien ne s'oppose plus à ce que le jugement soit rendu. Les tribunaux civils et de commerce jugent sur-le-champ, ou renvoient l'affaire à une autre audience pour en délibérer dans l'intervalle[7]; ils ne sont tenus, dans ce dernier cas, ni d'indiquer le jour où le jugement sera rendu[8], ni de le rendre au jour même qu'ils ont fixé[9]; le délibéré peut se prolonger suivant les exigences de la cause[10], et le jugement peut être rendu, même sans renvoi[11], à une audience plus éloignée que celle qui a été primitivement fixée[12]. Le tribunal peut même avancer le jour où le jugement sera rendu, et le prononcer, s'il est prêt, à une audience plus rapprochée que celle qu'il a d'abord indiquée : le renvoi à tel jour pour rendre le jugement n'étant qu'une mesure d'ordre et de service intérieur,

jugements par défaut et sur les instances dans lesquelles un tribunal peut statuer de cette manière, le tome VI).

[5] Bordeaux, 9 juill. 1828; Paris, 27 août 1829 (D. A. v° *Jugement*, n° 144). Comp. t. II, § **678**.

[6] Lyon, 22 juin 1831 (D. A. v° *Délai*, n° 110). Rennes, 4 déc. 1834 (D. A. v° *Jugement*, *loc. cit.*).

[7] Voy. t. II, § **689**.

[8] L'article 116 dit que « les juges pourront continuer la cause à une des pro« chaines audiences pour prononcer le jugement », mais l'indication d'un jour fixe n'est pas requise à peine de nullité (Rennes, 31 juill. 1809 et 31 août 1810, req. 24 juin 1818; D. A. *v° cit.*, n° 151). Il en est de même de l'article 93, d'après lequel le tribunal qui ordonne un délibéré sur rapport indique le jour où le rapport devra être fait (Voy. t. II, § **689**).

[9] Il peut être rendu pendant les vacations, après que les conclusions et les plaidoiries ont eu lieu au cours de l'année judiciaire (Liège, 20 nov. 1834; D. A. *v° et loc. cit.*).

[10] Req. 31 juill. 1849 (D. P. 49. 5. 260).

[11] Bruxelles, 10 mars 1819 (D. A. *v° cit.*, n° 152). Req. 7 juin 1832 (D. A. *v° cit.*, n° 151).

[12] Civ. rej. 24 vent. an XI (D. A. *v° cit.*, n° 154). Paris, 17 mai 1814 (D. A. *v° cit.*, n° 151). Req. 13 nov. 1834 (D. A. *v° cit.*, n° 82). Trib. de la Seine, 28 avr. 1841 (D. A. v° *Enregistrement*, n° 4697).

les droits de la défense ne sont pas violés du moment que les conclusions ont été prises, les plaidoiries prononcées, et le ministère public entendu s'il y a lieu[13]. Les mêmes règles s'appliquent aux juges de paix et aux conseils de prud'hommes : le décret du 11 juin 1809, aux termes duquel ces derniers statuent « sur-le-champ »[14], ne leur interdit pas de mettre l'affaire en délibéré[15], et l'article 13 autorise expressément le juge de paix à renvoyer son jugement à une autre audience[16].

b) Que le tribunal prenne son temps, c'est l'intérêt même des parties qui l'exige, car plus il réfléchira, plus elles auront de chances d'être bien jugées. Il ne peut cependant les laisser indéfiniment dans l'attente : s'il tarde trop, elles ont le droit de le mettre en demeure au moyen des sommations dont il est parlé au § 140. Le demandeur risquerait même beaucoup à ne pas le faire, car on verra au tome VII de ce Traité qu'après trois ans à partir du dernier acte de procédure la péremption pourrait être prononcée, faute par lui de n'avoir pas suivi l'instance, autant qu'il était en son pouvoir, en sommant le tribunal de prononcer son jugement. L'article 15, encore plus rigoureux, déclare la péremption acquise de plein droit en justice de paix, toutes les fois qu'un jugement interlocutoire ayant été rendu, la solution définitive n'intervient pas dans les quatre mois de ce jugement. En quoi cette péremption consiste-t-elle, par où déroge-t-elle au droit commun, et comment peut-elle se couvrir? On trouvera également au tome VII la réponse à ces questions.

§ 1072. 2° C'est un acte important que le prononcé du jugement, car on voit par l'article 116 : « Les jugements seront « rendus à la pluralité des voix et prononcés sur-le-champ », qu'un jugement rendu est la même chose qu'un jugement prononcé, que ce n'est ni avant ni après, mais à ce moment précis, que le jugement peut être considéré comme acquis, et que, si l'on avait par hasard rempli avant de le prononcer les formalités qui ne s'accomplissent ordinairement qu'après

[13] Req. 28 févr. 1865 (D. P. 65. 1. 420). Metz, 14 janv. 1867 (D. P. 67. 1. 430).
[14] Art. 36.
[15] Voy. cep. Mollot, *op. cit.*, n° 330.
[16] Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 466. Le décret du 26 octobre 1790 obligeait les juges de paix à statuer « incontinent » (Tit. VII, art. 5).

— transcrire le jugement sur la feuille d'audience et le signer — ce ne serait, malgré tout, qu'un projet dépourvu de l'autorité et de la force exécutoire des jugements[1]. De ce principe résultent les conséquences suivantes. 1° Le tribunal peut rétracter son jugement tant qu'il n'est pas prononcé; un de ses membres, pris de scrupule, peut demander un nouveau délibéré où les choses se retrouveront entières, aucun juge n'étant lié par l'opinion qu'il aura précédemment émise[2]. 2° Si le tribunal n'est composé que de trois juges et que l'un d'eux vienne à mourir, ou si le décès d'un juge fait disparaître la majorité qui s'était formée dans le sens du jugement, celui-ci tombe de plein droit : un nouveau délibéré s'ouvre, on procède à un nouveau scrutin, et, si la majorité ne peut se reformer dans aucun sens, il n'y a plus qu'à déclarer le partage et à procéder ainsi qu'il est dit au § **1086**[3]. C'est pour éviter ces complications qu'on se hâte presque toujours de prononcer les jugements dès qu'ils sont arrêtés. 3° Tout le jugement doit être lu, non-seulement le dispositif, mais encore les motifs qui en sont une partie essentielle, et sans lesquels le dispositif manque d'autorité. Si la rédaction n'en est pas définitivement fixée, le président qui lit le dispositif peut et doit y ajouter des motifs suffisants pour le soutenir. Ce principe est constant; le reste est une question de mesure et d'appréciation[4]. 4° Tout jugement, même sur une affaire jugée à huis-clos, doit être prononcé dans la salle d'audience, publiquement et les portes ouvertes, le tout à peine de nullité : je renvoie aux §§ **549** et suivants pour l'application de cette règle et pour les exceptions qu'elle comporte[5]. 5° Le

§ **1072**. [1] Merlin, *Répertoire*, v° *Jugement*, § III, n° III *ter*. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 43, Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 250. Bonnier, *op. cit.*, n° 265. A l'inverse, le jugement est à considérer comme acquis dès qu'il a été prononcé, le président se fût-il réservé (Voy., sur cette hypothèse, *suprà*, § **1069**) de lui donner après coup une forme définitive (Trib. de Rethel, 8 févr. 1893; D. P. 94. 2. 91). D'autre part, il produit son effet dès la première heure du jour où il est prononcé, et, par exemple, un jugement de dissolution de société rendu à cinq heures de l'après-midi annule la cession d'effets à recouvrer qui a été faite à cette société le même jour avant cette heure (Caen, 31 mars 1879; D. A. *v° cit.*, supp., n° 344).

[2] Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. et loc. cit.*

[3] Bonnier, *op. et loc. cit.*

[4] Voy., sur ce point, Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 158 et 160; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 595 *bis*; req. 11 janv. 1892 (D. P. 94. 1. 65; S. 94. 1. 321).

[5] Je ne m'occupe ici que de la juridiction qui s'exerce à l'audience (Voy., sur la publicité en matière de juridiction gracieuse et dans les affaires contentieuses

jugement doit être rendu en présence de quelques-uns des juges qui l'ont rendu, de manière qu'ils puissent le contrôler et protester, au besoin, si, par impossible, le président y faisait quelque changement. Il n'est pas nécessaire que tous les juges qui ont participé au jugement assistent à son prononcé[6]; mais trois au moins d'entre eux doivent y être présents, à peine de nullité[7], puisqu'il est censé rendu à ce moment et qu'il ne peut l'être par moins de trois juges[8]. La présence, à ce moment, de juges qui n'auraient pas pris part au jugement ne serait pas une cause de nullité[9], et il en serait de même, à l'inverse, de l'absence du procureur de la République, car, même dans les causes qui lui sont communicables, sa présence n'est requise qu'à l'audience où il doit conclure[10]. Le magistrat qui préside une audience n'y peut prononcer que les jugements auxquels il a concouru; il y aurait nullité, si le magistrat qui les prononce n'était pas encore président ou ne siégeait pas le jour où ils ont été formés[11].

qui sont jugées en chambre du conseil, t. II, §§ **552** et **553**; aj., sur ce point, quant aux jugements rendus en matière de contributions indirectes, req. 17 mars 1897 (D. P. 97. 1. 445; S. 97. 1. 340).

[6] Req. 12 sept. 1811; Bruxelles, 24 janv. 1821; Grenoble, 23 août 1827; Bruxelles, 6 nov. 1827 et 26 janv. 1828; req. 18 août 1830 et 14 nov. 1832 (D. A. v° *Jugement*, n° 53). Req. 14 nov. 1843 (D. A. v° *cit.*, n° 64). Civ. rej. 31 janv. 1844 (D. A. v° *cit.*, n° 53). Civ. rej. 19 avr. 1864 (D. P. 64. 1. 178). Req. 17 févr. 1868 (D. P. 68. 1. 273). La présence des juges suppléants qui n'ont siégé aux audiences précédentes qu'avec voix consultative est — cela va de soi — encore moins nécessaire (Req. 4 juill. 1888; D. P. 89. 1. 477).

[7] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 146. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 487. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Civ. cass. 26 vend. an VIII (D. A. v° *cit.*, n° 51). Civ. cass. 13 juin 1836 (D. A. v° *Cassation*, n° 1103). Civ. cass. 27 mai 1850 (D. P. 50. 1. 162). Toutefois, la nullité a pu être évitée dans une affaire où le président, s'apercevant immédiatement de l'erreur, avait, au nom du tribunal, prévenu les parties et leurs avoués que la lecture du jugement serait réputée non avenue, et réitérée le lendemain en présence du juge dont l'assistance était indispensable : ainsi fut fait, et la cour de cassation rejeta le pourvoi formé contre l'arrêt ainsi rendu (Req. 19 nov. 1861; D. P. 62. 2. 126).

[8] Voy. t. I, § **64**.

[9] Crim. rej. 10 janv. 1855 (D. P. 55. 1. 168). Même si ces juges ne pouvaient pas prendre part au jugement, parce qu'ils n'ont pas assisté à toutes les audiences de la cause, ou parce que le tribunal se trouve, par suite de leur adjonction, composé en nombre pair (Civ. rej. 12 août 1891, D. P. 92. 1. 623, S. 92. 1. 245; voy., sur ces divers points, *suprà*, §§ **1050** et **1052**).

[10] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 150. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 26. Civ. rej. 23 juill. 1873 (D. P. 74. 1. 71).

[11] Civ. cass. 7 therm. an XI (D. A. v° *Jugement*, *loc. cit.*). Le plus ancien juge, qui lit le jugement à la place du président empêché (Voy., sur cette hypothèse, *suprà*, § **1070**, note 1), doit, comme lui et à peine de nullité, avoir assisté à toutes les audiences de la cause (Voy. l'arrêt rapporté *ib.*).

CHAPITRE II

DU CONTENU DES JUGEMENTS

SOMMAIRE. — § **1073**. Différentes parties du jugement. — § **1074**. I. Solution du litige. — § **1075**. Suite. 1° Jugements qui condamnent à des dommages-intérêts. — § **1076**. Suite. 2° Jugements qui ordonnent une reddition de compte. — § **1077**. Suite. 3° Jugement qui ordonnent une restitution de fruits. — § **1078**. Suite. 4° Jugements qui ordonnent de fournir caution. — § **1079**. Suite. 5° Obligation pour le juge du possessoire de le séparer du pétitoire. — § **1080**. Suite. Il ne doit ni statuer sur le fond du droit. — § **1081**. Suite. Ni se déterminer par des motifs tirés de la propriété. — § **1082**. Suite. Peut-il se livrer a l'examen des titres? — § **1083**. Suite. En faire dépendre le jugement de l'action possessoire? — § **1084**. Suite. Et, dans le cas de l'affirmative, procéder lui-même à cet examen? — § **1085**. Suite. 6° Office du juge en matière possessoire. — § **1086**. Suite. Premier cas : le demandeur a justifié de son droit. — § **1087**. Suite. Second cas : c'est le défendeur qui a prouvé le sien. — § **1088**. Suite. Troisième cas : les deux parties ont justifié, l'une et l'autre, d'une possession utile. — § **1089**. Suite. Solutions diverses auxquelles le juge peut s'arrêter dans ce cas : maintenue, séquestre et récréance. — § **1090**. Suite. Légitimité de ces deux dernières. — § **1091**. Suite. Quatrième cas : aucune partie n'a justifié d'une possession suffisante. — § **1092**. II. Attribution des dépens. Principe de la condamnation aux dépens de la partie qui succombe. — § **1093**. Suite. Cette condamnation suppose que la partie gagnante y a conclu, et que le tribunal l'a prononcée. — § **1094**. Suite. A quelles conditions on peut être condamné aux dépens. — § **1095**. Suite. 1° Il faut avoir été partie au procès. Exceptions à cette règle. — § **1096**. Suite. *a*) Pour les avoués et huissiers qui ont excédé les bornes de leur ministère. et pour les administrateurs qui ont compromis les intérêts de leur administration. — § **1097**. Suite. *b*) Dans certains cas, pour le mari qui n'a fait qu'autoriser sa femme. — § **1098**. Suite. 2° Il faut avoir succombé. Cas exceptionnels où la partie qui succombe n'est pas condamnée aux dépens. — § **1099**. Suite. A. Elle agissait dans un intérêt public. — § **1100**. Suite. B. Les circonstances autorisent à mettre les dépens à la charge de la partie gagnante. — § **1101**. Suite. C. Le tribunal répartit les dépens entre les deux parties. — § **1102**. Suite. *a*) Compensation des dépens. — § **1103**. Suite. α) Entre conjoints, parents et alliés. — § **1104**. Suite. β) Entre parties succombant respectivement sur quelques chefs. — § **1105**. Suite. Parallèle entre la compensation des dépens et la compensation proprement dite. — § **1106**. Suite. *b*) Procédé qui consiste à faire masse des dépens. — § **1107**. Suite. Complications possibles en matière d'attribution des dépens. — § **1108**. Suite. 1° Plusieurs parties succombent sur une seule et même demande. — § **1109**. Suite. 2° Plusieurs demandes ont été formées, et une partie est étrangère à l'une de ces demandes. — § **1110**. Suite. 3° Intervention volontaire. — § **1111**. Suite. Distraction des dépens. — § **1112**. Suite. Elle

n'est pas de droit; comment elle se demande. — § **1113**. Suite. Comment elle s'accorde. — § **1114**. III. Motifs des jugements. Obligation de les motiver. — § **1115**. Suite. Histoire et utilité de cette prescription. — § **1116**. Suite. Comment elle s'applique; des jugements suffisamment motivés, et des jugements nuls pour défaut ou insuffisance de motifs.

§ **1073**. Un jugement se compose généralement de deux parties, le dispositif et les motifs[1]; et dans le dispositif lui-même on distingue deux points, la solution du litige et l'attribution des dépens[2].

§ **1074**. I. Rien de plus divers que l'objet des jugements, car il dépend à la fois de la nature du litige et des circonstances du fait; il n'est pas une question de droit civil, de droit commercial ou de procédure qui ne puisse se poser à leur occasion, et les exemples que j'en pourrais donner ne serviraient qu'à montrer l'infinie variété des décisions judiciaires. Aussi me bornerai-je, pour ne pas sortir de la procédure : 1° à signaler, par avance, l'obligation où sont les tribunaux de statuer sur toutes les questions qui lui sont soumises, à peine de voir leurs jugements attaqués par la requête civile, comme on le verra au tome VI de ce Traité[1]; 2° à dire dès maintenant comment doivent être rendus les jugements qui condamnent à des dommages-intérêts ou à des restitutions de fruits, qui prescrivent de rendre compte, ou qui ordonnent de fournir caution; 2° comment le juge de paix doit observer la séparation du possessoire et du pétitoire; 3° quelles solutions il peut donner aux actions possessoires[2].

§ **1073**. [1] Je dis *généralement* parce qu'il y a des jugements qu'on peut se dispenser de motiver (Voy. *infrà*, § **1116**).

[2] Art. 141. Ce n'est aussi qu'une règle générale, car les jugements d'avant faire droit peuvent ne pas adjuger les dépens, et les réserver jusqu'au jugement définitif (Voy. *infrà*, § **1104**.

§ **1074**. [1] Civ cass. 19 juill. 1892 (D. P. 92. 1. 627; S. 92. 1. 533). Req. 23 oct. 1895 (D. P. 96. 1. 84). Voy., pour plus de détails sur l'omission de statuer, le tome VI auquel je viens de renvoyer, et aj. : 1° qu'une décision peut, jusqu'à un certain point, être implicite, et qu'ainsi le jugement qui condamne un débiteur à payer sa dette par fractions mensuelles jusqu'à entière libération s'applique virtuellement aux intérêts de cette dette, aussi bien qu'au capital (Alger, 6 févr. 1894; D. P. 95. 2. 531); 2° par contre, qu'un tribunal n'a pas le droit de substituer à la demande formée devant lui, et qu'il est tenu de juger, une autre demande qu'il supposerait être dans la pensée des parties, quoiqu'elles ne l'aient aucunement formulée, et à laquelle il appliquerait des principes étrangers à celle dont il est réellement saisi (Alger, 27 juill. 1896; D. P. 97. 2. 143).

[2] Quel que soit le nombre des parties en cause, le tribunal ne peut rendre

§ **1075**. A. « Tous jugements qui condamnent en des « dommages et intérêts en contiendront la liquidation, ou « ordonneront qu'ils seront donnés par état »[1]. La liquidation des dommages-intérêts consiste à en établir immédiatement le *quantum*, et à y condamner la partie qui les a encourus[2]; la fixation des dommages-intérêts par état consiste à en poser dès maintenant le principe, sauf à en régler ensuite la quotité suivant les règles posées aux §§ **1218** et suivants : l'avantage de ce procédé est d'éviter qu'on ne discute actuellement et qu'on n'établisse à grands frais le chiffre de dommages-intérêts, dont le principe n'est pas encore et ne sera peut-être pas admis. On plaide, d'abord, sur le point de savoir s'il y a lieu d'en accorder : s'ils sont refusés, tout est dit; dans le cas contraire, on les liquide conformément à la loi, mais le jugement qui y condamne en principe, et dit qu'ils seront donnés par état, entraîne dès maintenant l'hypothèque judiciaire dont il sera parlé aux §§ **1123** et suivants, et qu'il importe au créancier d'obtenir le plus tôt possible[3]. Si la liquidation des dommages-intérêts doit se prolonger, la partie qui les obtient peut demander une provision[4]. Une autre solution qui se ren-

qu'un seul jugement (toute autre manière de procéder serait frustratoire; civ. cass. 2 août 1893, D. P. 94. 1. 212; S. 94. 1. 278), et un jugement commun à plusieurs défendeurs en cause dans la même affaire peut être invoqué par le gagnant contre eux tous, même contre ceux à l'égard desquels il n'a pas conclu (Req. 31 oct. 1894; D. P. 95. 1. 123; S. 96. 1. 406), mais les divers chefs d'un jugement sont à considérer comme distincts, au point de vue de la régie de l'enregistrement qui peut percevoir sur lui autant de droits qu'il contient de chefs (Déc. min. fin. 14 sept. 1880, D. A. v° *Jugement*, supp., n° 16; comp. trib. comm. de Laval, 25 janv. 1882, D. P. 83. 3. 31).

§ **1075**. [1] Art. 128.

[2] Le tribunal est libre de choisir entre les deux procédés : du moment qu'il trouve dans le dossier les éléments de la fixation des dommages-intérêts, il a le droit de les évaluer sans recourir à la procédure indiquée pour les liquider (Req. 2 avr. 1849, D. P. 49. 1. 104; req. 30 mai 1859, D. P. 59. 1. 269).

[3] Tissier, *De l'effet des jugements qui portent condamnation à des dommages-intérêts à fixer par état* (Dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, nouv. sér., t. XVII, 1888, p. 537 et suiv.). Il n'est pas indispensable, pour qu'il y ait lieu de liquider des dommages-intérêts, que le jugement y condamne expressément : il suffit qu'il résulte des termes de ce jugement qu'un préjudice a été causé, et qu'il en est dû réparation (Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 544 *bis*; civ. rej. 1839, D. A. v° *Prescription civile*, n° 272). L'article 128 s'applique en matière de délits et de quasi-délits, aussi bien qu'aux dommages-intérêts dus en vertu d'une obligation contractuelle ou quasi-contractuelle (Crim. rej. 7 juill. 1855; D. P. 55. 1. 376).

[4] Bioche, *op. cit.*, v° *Dommages-intérêts*, n° 140.

contre dans la pratique, et que l'article 128 ne proscrit pas, consiste à fixer d'ores et déjà le montant des dommages-intérêts, et d'y condamner « si mieux n'aiment les parties « les faire déterminer à dire d'experts », ou si mieux n'ai- « ment les parties qu'il soit procédé par état, ce qu'elles « déclareront dans le délai de..... »[5]. On verra au § **1217** en quoi cette dernière formule est préférable[6].

§ **1076**. B. Quiconque est chargé ou se charge volontairement d'administrer tout ou partie du bien d'autrui doit rendre un compte détaillé de sa recette et de sa dépense[1]. Tels sont, à moins qu'ils n'aient prescrit[2], transigé[3] ou obtenu dispense de rendre compte[4], les mandataires, tuteurs,

[5] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 178. Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1842. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*

[6] L'indication d'un délai est usuelle et prévient des lenteurs fâcheuses, mais elle n'est pas indispensable. Le délai passé, la partie qui n'a pas réclamé est censée avoir accepté la fixation faite par le jugement.

§ **1076**. [1] On dit souvent que « tout comptable est présumé débiteur jusqu'à « ce qu'il ait rendu compte » (Voy. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1844 *ter*). Jusqu'à quel point cette proposition est-elle exacte? Voy. *infrà*, note 17. Dans tous les cas, c'est au comptable à établir la consistance des biens dont il doit rendre compte (Req. 9 janv. 1878; D. P. 78. 1. 85).

[2] L'obligation de rendre compte se prescrit généralement par trente ans (C. civ., art. 2262; voy., sur l'application de cet article dans l'espèce, Rennes, 6 janv. 1821, D. A. v° *Compte*, n° 38, req. 6 févr. 1843, D. A. *v° cit.*, n° 35). Par exception et en faveur du tuteur, les actions du pupille à raison des faits de la tutelle et, par conséquent, l'action en reddition de compte se prescrivent par dix ans (C. civ., art. 475; voy., sur cet article, Duranton, *op. cit.*, t. III, n°s 644 et suiv., Demolombe, *op. cit.*, t. VIII, n°s 148 et suiv., Aubry et Rau, *op. cit.*, 5e éd., t. I, p. 496 et suiv.; Demante, *op. cit.*, t. II, n° 239 *bis*-I et suiv.; Valette, *Cours de Code civil*, t. I, p. 582, et *Explication du livre Ier du Code civil*, p. 298 et suiv.). Si le pupille était mort laissant des héritiers mineurs, la prescription de dix ans serait suspendue à leur profit (C. civ., art. 2252). Cette prescription s'applique-t-elle aussi à l'action en redressement de compte? Voy. *infrà*, § **1233**.

[3] Les parties capables peuvent transiger sur tous les intérêts qui ne tiennent pas à l'ordre public (C. civ., art. 2045). Par exception, l'article 472 du Code civil annule, entre le tuteur et le pupille devenu majeur, tout traité qui affranchirait le premier, en tout ou en partie, de l'obligation de rendre des comptes au second : aucun traité relatif aux frais de la tutelle n'est valable, s'il n'a été précédé de la reddition d'un compte détaillé avec remise des pièces justificatives à l'appui, et s'il ne s'est écoulé dix jours au moins entre la date du récépissé de ce compte et le traité (Voy., sur cet article, Duranton, *op. cit.*, t. III, n°s 636 et suiv.; Demolombe, *op. cit.*, t. VIII, n°s 58 et suiv.; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, p. 491 et suiv.; Demante, *op. cit.*, t. II, n° 236 *bis*; Valette, *Cours de Code civil*, t. I, p. 258 et suiv., et *Explication du livre Ier du Code civil*, p. 288 et suiv.; Dalloz et Vergé, *Code civil annoté*, art. 472, n°s 1 et suiv.). On ne pourrait pas transiger non plus sur les comptes relatifs à une succession non encore ouverte (C. civ., art. 791, 1130 et 1600).

[4] Un comptable peut-il être dispensé de rendre compte? C'est une question

associés, copartageants, héritiers bénéficiaires, exécuteurs testamentaires, dépositaires, séquestres, créanciers-gagistes

de droit civil qu'il est impossible de traiter ici à fond, et sur laquelle je me bornerai aux observations suivantes. Laurent considère l'obligation de rendre compte comme un élément essentiel du mandat, et en conclut que le mandataire ne saurait être dispensé de rendre compte (*Op. cit.*, t. XXVII, n° 496); si cette thèse était fondée, il en résulterait qu'aucun comptable ne peut être dispensé de rendre compte, car un administrateur comptable est toujours plus ou moins mandataire. Je crois, au contraire : 1° qu'il faut poser en principe que l'obligation de rendre compte n'est pas de l'essence du mandat, puisqu'il y avait en droit romain des *procuratores in rem suam* ou mandataires dispensés de rendre compte (Dig., LL. 25 et 55, *De procur.*, III, III; 4, § 5, *De appell.*, XLIX, I; Accarias, *op. cit.*, t. II, n°s 640 et suiv.); 2° qu'il faut distinguer, pour l'application de ce principe, suivant que l'obligation de rendre compte vient d'un contrat, comme le mandat proprement dit, d'un testament comme l'exécution testamentaire, d'un quasi-contrat comme la gestion d'affaires, ou d'une disposition de la loi comme l'article 471 du Code civil sur les comptes de tutelle. 1) Les conventions passées entre personnes capables sur des objets qui ne touchent pas à l'ordre public tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (C. civ., art. 1134); or l'obligation de rendre compte imposée aux personnes chargées par contrat de faire les affaires d'autrui n'est pas d'ordre public : le mandant capable peut donc en dispenser le mandataire, soit à l'époque où celui-ci, ayant fini d'administrer, doit rendre compte, soit même d'avance et au moment même où le mandat lui est confié (Troplong, *Du mandat* (Paris, 1846), n° 415; Pont, *Des petits contrats*, t. I, n° 1003; civ. rej. 12 janv. 1830, D. A. v° *Mandat*, n° 248; civ. rej. 24 août 1831, D. A. v° *Compte*, n° 40; civ. rej. 11 juin 1839, D. A. v° *Mandat*, n° 238; Nancy, 5 août 1871, D. P. 72. 2. 77; Douai, 17 août 1871, D. P. 72. 2. 74). 2) Il en est à peu près de même pour les exécuteurs testamentaires : non-seulement les héritiers *ab intestat* et les légataires, envers qui ils sont comptables, peuvent les dispenser de rendre compte, mais il était généralement reçu dans l'ancien droit que le testateur pouvait les en exempter en les instituant (Voy. Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 229; Furgole, *Des testaments* (Paris, 1779), ch. X, sect. IV, n° 37). Cette solution doit encore être admise, pourvu que l'exécuteur testamentaire ne soit pas incapable de recevoir cette libéralité indirecte, et que le testateur n'ait pas laissé des héritiers à réserve aux droits desquels il lui était défendu de porter atteinte (Voy., sur cette question, Toullier, *op. cit.*, t. V, n° 604; Duranton, *op. cit.*, t. IX, n° 406; Demolombe, *op. cit.*, t. XXII, n° 118; Aubry et Rau, *op. cit.*, 4e éd., t. VII, p. 457; Douai, 23 juin 1846, D. P. 46. 2. 155). 3) Ceux qui sont comptables envers un tiers, sans avoir contracté avec lui, ne peuvent être dispensés de lui rendre compte qu'à l'époque où, leur administration ayant pris fin, ils pourraient être tenus de le faire; mais on ne voit pas ce qui empêcherait, à ce moment, la partie capable envers laquelle ils sont comptables de renoncer au compte qu'elle aurait le droit d'exiger : pourquoi l'absent, dont un tiers, envoyé ou non en possession par justice, a géré les biens, ne pourrait-il pas dispenser le gérant de lui rendre des comptes? 4) J'en dirai autant, du moins en principe, des personnes qui sont tenues de rendre compte en vertu d'une disposition légale, comme l'héritier bénéficiaire, le curateur à succession vacante, ou le curateur à l'immeuble délaissé par hypothèque ; je ferai seulement exception pour le tuteur, que son ex-pupille ne peut dispenser de rendre compte — la preuve en est dans les dispositions de l'article 472 du Code civil rappelées à la note précédente — et que le donateur ou testateur ne peut pas affranchir non plus de l'obligation de rendre compte des biens donnés ou légués à son pupille (Demolombe, *op. cit.*, t. VIII, n° 39; Aubry et Rau, *op. cit.*, 5e éd., t. I, p. 490). Je n'assimilerais pas complètement le père administrateur légal au tuteur : l'article 472 ne s'applique pas à l'administration légale, et, par conséquent, l'enfant arrivé à sa majorité peut dispenser son père de lui rendre

et antichrésistes, envoyés en possession provisoire de biens d'absent[5], curateurs aux successions vacantes et aux immeubles délaissés par hypothèque, gérants d'affaires, possesseurs de bonne ou de mauvaise foi, comptables de deniers publics; tels sont aussi le père administrateur légal, et l'époux survivant commun en biens qui n'a pas fait inventaire[6]; tels sont, enfin, les conseils judiciaires et curateurs aux mineurs émancipés qui se sont immiscés dans l'administration qui ne leur était pas confiée, ou qu'ils avaient pour unique mission de surveiller[7]. Si la personne qui a droit au compte et celle qui le doit sont capables, elles peuvent, d'un commun accord, choisir un arbitre ou arrêter le compte à l'amiable[8]; s'il y a parmi elles un incapable ou si elles ne peu-

compte (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, p. 509), mais je ne crois pas que le donateur ou testateur ait le même droit en ce qui concerne les biens donnés ou légués à l'enfant, et je ne vois pas, sous ce rapport, de différence à faire entre le tuteur et le père administrateur légal. D'ailleurs, la prescription, la transaction et la dispense valablement accordée sont les seules causes qui puissent exempter un comptable de l'obligation de rendre son compte : peu importe qu'il l'ait déjà présenté dans une instance antérieure, si elle n'a pas abouti et que ce compte n'ait pas été apuré (Rennes, 6 janv. 1831, D. A. *v° cit.*, n° 38; Bordeaux, 25 janv. 1834, D. A. *v° cit.*, n° 36). 5) Produire son compte, c'est s'avouer comptable et se rendre, par conséquent, non recevable à prétendre qu'on l'a déjà rendu (Civ. cass. 21 juill. 1817; D. A. v° *Jugement*, n° 18).

[5] Les envoyés en possession définitive n'ont pas de compte à rendre, puisqu'ils restituent les biens dans l'état où ils se trouvent (C. civ., art. 132).

[6] Voy. C. civ., art. 125, 389, 469, 497, 549, 803, 813, 828, 1031, 1372, 1447, 1476, 1872, 1937, 1956, 1962, 1993, 2079, 2081, 2085 et 2174. Aj. C. pr. civ., art. 596; Paris, 17 févr. 1821 (D. A. v° *Compte*, n° 277); Bordeaux, 24 mars 1887 (D. P. 88. 2. 144); Paris, 24 janv. 1888 (D. P. 89. 2. 141).

[7] Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 172. Req. 6 févr. 1843 (D. A. v° *Compte*, n° 35). Le subrogé-tuteur ne peut concourir aux actes de gestion du tuteur que dans les cas déterminés par les articles 450, 451, 453 et 470 du Code civil (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, p. 477; voy., sur son rôle en matière d'appel, le tome VI). L'individu pourvu d'un conseil judiciaire conserve l'administration de ses biens, et son conseil n'a d'autre fonction que celle de l'assister dans les actes déterminés par les articles 499 et 513 (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, p. 567).

[8] Les arrêtés de compte ne sont soumis à aucune forme particulière. Ils ne sont pas rédigés en double comme les actes portant convention synallagmatique (Req. 12 mars 1811, D. A. *v° cit.*, n° 204; Aix, 12 juill. 1812, D. A. v° *Obligations*, n° 4009; Orléans, 22 août 1840, D. A. v° *Compte courant*, n° 93; *contrà*, Paris, 4 févr. 1811, D. A. v° *Compte*, n° 203; voy., sur la formalité des doubles, t. II, § **715**). Ils ne sont pas soumis à la formalité du *bon pour* ou *approuvé* (Grenoble, 26 janv. 1826; D. A. *v° cit.*, n° 158; voy., sur cette formalité, t. II, § **716**). Il n'est pas besoin de coter et de parapher chacune des pages dont ils se composent (Req. 3 sept. 1811; D. A. *v° cit.*, n° 210). Il suffit qu'ils énoncent la somme à laquelle s'élève le reliquat reconnu par les deux parties (Req. 20 avr. 1857; D. P. 57. 1. 356). On peut même tenir pour arrêté un compte qui porte comme mention finale que le montant en a été payé, sans ajouter que c'est pour solde (Nancy, 2 mai 1826; D. A. *v° cit.*, n° 151); bien plus, on peut établir

vent s'entendre, il faut recourir à justice[9]. C'est le cas de l'instance en reddition de compte[10] qu'introduit en la forme ordinaire[11] la partie la plus diligente[12] : c'est généralement la partie qui a droit au compte et qui est pressée de l'obtenir[13]; ce peut être aussi le comptable qui a toujours le droit de se libérer[14], surtout s'il est commerçant, car il ne peut se

à l'aide d'un commencement de preuve par écrit la reddition d'un compte dont l'instrument n'est pas produit (Req. 1er mars 1815, D. A. v° *Société*, n° 785; req. 18 juill. 1827, D. A. v° *Compte*, n° 205; voy., sur le commencement de preuve par écrit, *suprà*, § **824**). Enfin, l'article 472 du Code civil (Voy. *suprà*, note 3) ne s'applique qu'aux comptes de tutelle : tous les autres comptes sont acceptés valablement sans que le rendant en ait remis les pièces justificatives, à moins que l'oyant n'ait fait de cette remise une condition expresse de son acceptation, ou que cette condition ne résulte implicitement des circonstances du fait (Civ. cass. 7 juill. 1812, D. A. *v° cit.*, n° 83; *contrà*, Paris, 4 févr. 1811, D. A. *v° cit.*, n° 203). L'annulation d'un arrêté de compte met le rendant en situation de rendre un nouveau compte (Orléans, 22 août 1840; D. A. v° *Compte courant*, *loc. cit.*).

[9] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 22. Bonnier, *op. cit.*, n° 1275.

[10] Elle peut être principale ou incidente, et même se présenter sous forme reconventionnelle. Un très ancien arrêt de la cour de cassation en a décidé autrement, sous prétexte que la demande en reddition de compte ne tend pas à la compensation (Req. 18 déc. 1810; D. A. v° *Compte*, n° 45), mais on a vu t. I, § **396**, que les demandes reconventionnelles ne tendent pas nécessairement à la compensation, et que toutes les prétentions qui servent de défense à l'action principale peuvent se produire sous cette forme; or c'est, évidemment, défendre à la demande principale du créancier que de conclure contre lui à la reddition d'un compte dont la balance peut le constituer débiteur.

[11] Par ajournement ou citation, si la demande est principale; par requête, si elle est incidente (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 46 et 48).

[12] Ou son représentant : il a été jugé qu'un avoué peut demander compte à son confrère des fonds qu'il lui a remis sur l'ordre de son propre client (Req. 14 févr. 1838; D. A. v° *Avoué*, n° 112). On peut encourir des dommages-intérêts pour avoir demandé un compte qui n'était pas dû (Liège, 3 févr. 1824; D. A. v° *Compte*, n° 42), par application du principe qui régit les demandes reconventionnelles en dommages-intérêts fondées sur la demande principale elle-même (Voy. t. I, § **396**). La demande est dirigée contre le comptable en personne : s'il est présumé absent, le tribunal commet un notaire pour le représenter (C. civ., art. 113); s'il est déclaré absent, le compte est rendu à sa place par les envoyés en possession de ses biens ou par son conjoint présent commun en biens (C. civ., art. 134).

[13] Ou ses créanciers (C. civ., art. 1166; t. I, § **310**). Si ce compte est dû à plusieurs personnes, la priorité se détermine entre elles conformément à l'article 967 (Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1850; voy. t. I, § **317**, note 1).

[14] De même que le débiteur peut faire des offres réelles suivies de consignation au créancier qui refuse sans motifs d'accepter le paiement (C. civ., art. 1257 et suiv.; voy. le tome VII), de même il a le droit d'imposer la reddition de compte au créancier qui s'y refuse (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 150) : prétention d'autant mieux fondée que ses biens, s'ils sont grevés d'hypothèque, le resteront jusqu'à l'apurement du compte (Req. 12 févr. 1814; D. A. *v° cit.*, n° 75), et que lui-même, s'il est héritier bénéficiaire, sera tenu, faute d'avoir rendu compte, sur ses biens personnels et *ultra vires hereditatis* (Civ. rej. 17 avr. 1839; D. A. *v° cit.*, n° 128).

les droits de la défense ne sont pas violés du moment que les conclusions ont été prises, les plaidoiries prononcées, et le ministère public entendu s'il y a lieu[13]. Les mêmes règles s'appliquent aux juges de paix et aux conseils de prud'hommes : le décret du 11 juin 1809, aux termes duquel ces derniers statuent « sur-le-champ »[14], ne leur interdit pas de mettre l'affaire en délibéré[15], et l'article 13 autorise expressément le juge de paix à renvoyer son jugement à une autre audience[16].

b) Que le tribunal prenne son temps, c'est l'intérêt même des parties qui l'exige, car plus il réfléchira, plus elles auront de chances d'être bien jugées. Il ne peut cependant les laisser indéfiniment dans l'attente : s'il tarde trop, elles ont le droit de le mettre en demeure au moyen des sommations dont il est parlé au § 140. Le demandeur risquerait même beaucoup à ne pas le faire, car on verra au tome VII de ce Traité qu'après trois ans à partir du dernier acte de procédure la péremption pourrait être prononcée, faute par lui de n'avoir pas suivi l'instance, autant qu'il était en son pouvoir, en sommant le tribunal de prononcer son jugement. L'article 15, encore plus rigoureux, déclare la péremption acquise de plein droit en justice de paix, toutes les fois qu'un jugement interlocutoire ayant été rendu, la solution définitive n'intervient pas dans les quatre mois de ce jugement. En quoi cette péremption consiste-t-elle, par où déroge-t-elle au droit commun, et comment peut-elle se couvrir? On trouvera également au tome VII la réponse à ces questions.

§ 1072. 2° C'est un acte important que le prononcé du jugement, car on voit par l'article 116 : « Les jugements seront « rendus à la pluralité des voix et prononcés sur-le-champ », qu'un jugement rendu est la même chose qu'un jugement prononcé, que ce n'est ni avant ni après, mais à ce moment précis, que le jugement peut être considéré comme acquis, et que, si l'on avait par hasard rempli avant de le prononcer les formalités qui ne s'accomplissent ordinairement qu'après

[13] Req. 28 févr. 1865 (D. P. 65. 1. 420). Metz, 14 janv. 1867 (D. P. 67. 1. 430).
[14] Art. 36.
[15] Voy. cep. Mollot, *op. cit.*, n° 330.
[16] Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 466. Le décret du 26 octobre 1790 obligeait les juges de paix à statuer « incontinent » (Tit. VII, art. 5).

— transcrire le jugement sur la feuille d'audience et le signer — ce ne serait, malgré tout, qu'un projet dépourvu de l'autorité et de la force exécutoire des jugements[1]. De ce principe résultent les conséquences suivantes. 1° Le tribunal peut rétracter son jugement tant qu'il n'est pas prononcé; un de ses membres, pris de scrupule, peut demander un nouveau délibéré où les choses se retrouveront entières, aucun juge n'étant lié par l'opinion qu'il aura précédemment émise[2]. 2° Si le tribunal n'est composé que de trois juges et que l'un d'eux vienne à mourir, ou si le décès d'un juge fait disparaître la majorité qui s'était formée dans le sens du jugement, celui-ci tombe de plein droit : un nouveau délibéré s'ouvre, on procède à un nouveau scrutin, et, si la majorité ne peut se reformer dans aucun sens, il n'y a plus qu'à déclarer le partage et à procéder ainsi qu'il est dit au § **1086**[3]. C'est pour éviter ces complications qu'on se hâte presque toujours de prononcer les jugements dès qu'ils sont arrêtés. 3° Tout le jugement doit être lu, non-seulement le dispositif, mais encore les motifs qui en sont une partie essentielle, et sans lesquels le dispositif manque d'autorité. Si la rédaction n'en est pas définitivement fixée, le président qui lit le dispositif peut et doit y ajouter des motifs suffisants pour le soutenir. Ce principe est constant; le reste est une question de mesure et d'appréciation[4]. 4° Tout jugement, même sur une affaire jugée à huis-clos, doit être prononcé dans la salle d'audience, publiquement et les portes ouvertes, le tout à peine de nullité : je renvoie aux §§ **549** et suivants pour l'application de cette règle et pour les exceptions qu'elle comporte[5]. 5° Le

§ **1072**. [1] Merlin, *Répertoire*, v° *Jugement*, § III, n° III *ter*. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 43, Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 250. Bonnier, *op. cit.*, n° 265. A l'inverse, le jugement est à considérer comme acquis dès qu'il a été prononcé, le président se fût-il réservé (Voy., sur cette hypothèse, *suprà*, § **1069**) de lui donner après coup une forme définitive (Trib. de Rethel, 8 févr. 1893; D. P. 94. 2. 91). D'autre part, il produit son effet dès la première heure du jour où il est prononcé, et, par exemple, un jugement de dissolution de société rendu à cinq heures de l'après-midi annule la cession d'effets à recouvrer qui a été faite à cette société le même jour avant cette heure (Caen, 31 mars 1879; D. A. *v° cit.*, supp., n° 344).

[2] Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. et loc. cit.*

[3] Bonnier, *op. et loc. cit.*

[4] Voy., sur ce point, Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 158 et 160; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 595 *bis;* req. 11 janv. 1892 (D. P. 94. 1. 65; S. 94. 1. 321).

[5] Je ne m'occupe ici que de la juridiction qui s'exerce à l'audience (Voy., sur la publicité en matière de juridiction gracieuse et dans les affaires contentieuses

jugement doit être rendu en présence de quelques-uns des juges qui l'ont rendu, de manière qu'ils puissent le contrôler et protester, au besoin, si, par impossible, le président y faisait quelque changement. Il n'est pas nécessaire que tous les juges qui ont participé au jugement assistent à son prononcé[6]; mais trois au moins d'entre eux doivent y être présents, à peine de nullité[7], puisqu'il est censé rendu à ce moment et qu'il ne peut l'être par moins de trois juges[8]. La présence, à ce moment, de juges qui n'auraient pas pris part au jugement ne serait pas une cause de nullité[9], et il en serait de même, à l'inverse, de l'absence du procureur de la République, car, même dans les causes qui lui sont communicables, sa présence n'est requise qu'à l'audience où il doit conclure[10]. Le magistrat qui préside une audience n'y peut prononcer que les jugements auxquels il a concouru; il y aurait nullité, si le magistrat qui les prononce n'était pas encore président ou ne siégeait pas le jour où ils ont été formés[11].

qui sont jugées en chambre du conseil, t. II, §§ **552** et **553**; aj., sur ce point, quant aux jugements rendus en matière de contributions indirectes, req. 17 mars 1897 (D. P. 97. 1. 445; S. 97. 1. 340).

[6] Req. 12 sept. 1811; Bruxelles, 24 janv. 1821; Grenoble, 23 août 1827; Bruxelles, 6 nov. 1827 et 26 janv. 1828; req. 18 août 1830 et 14 nov. 1832 (D. A. v° *Jugement*, n° 53). Req. 14 nov. 1843 (D. A. *v° cit.*, n° 64). Civ. rej. 31 janv. 1844 (D. A. *v° cit.*, n° 53). Civ. rej. 19 avr. 1864 (D. P. 64. 1. 178). Req. 17 févr. 1868 (D. P. 68. 1. 273). La présence des juges suppléants qui n'ont siégé aux audiences précédentes qu'avec voix consultative est — cela va de soi — encore moins nécessaire (Req. 4 juill. 1888; D. P. 89. 1. 477).

[7] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 146. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 487. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Civ. cass. 26 vend. an VIII (D. A. *v° cit.*, n° 51). Civ. cass. 13 juin 1836 (D. A. v° *Cassation*, n° 1103). Civ. cass. 27 mai 1850 (D. P. 50. 1. 162). Toutefois, la nullité a pu être évitée dans une affaire où le président, s'apercevant immédiatement de l'erreur, avait, au nom du tribunal, prévenu les parties et leurs avoués que la lecture du jugement serait réputée non avenue, et réitérée le lendemain en présence du juge dont l'assistance était indispensable : ainsi fut fait, et la cour de cassation rejeta le pourvoi formé contre l'arrêt ainsi rendu (Req. 19 nov. 1861; D. P. 62. 2. 126).

[8] Voy. t. I, § **64**.

[9] Crim. rej. 10 janv. 1855 (D. P. 55. 1. 168). Même si ces juges ne pouvaient pas prendre part au jugement, parce qu'ils n'ont pas assisté à toutes les audiences de la cause, ou parce que le tribunal se trouve, par suite de leur adjonction, composé en nombre pair (Civ. rej. 12 août 1891, D. P. 92. 1. 623, S. 92. 1. 245; voy., sur ces divers points, *suprà*, §§ **1050** et **1052**).

[10] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 150. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 26. Civ. rej. 23 juill. 1873 (D. P. 74. 1. 71).

[11] Civ. cass. 7 therm. an XI (D. A. v° *Jugement*, *loc. cit.*). Le plus ancien juge, qui lit le jugement à la place du président empêché (Voy., sur cette hypothèse, *suprà*, § **1070**, note 1), doit, comme lui et à peine de nullité, avoir assisté à toutes les audiences de la cause (Voy. l'arrêt rapporté *ib.*).

CHAPITRE II

DU CONTENU DES JUGEMENTS

SOMMAIRE. — § **1073**. Différentes parties du jugement. — § **1074**. I. Solution du litige. — § **1075**. Suite. 1° Jugements qui condamnent à des dommages-intérêts. — § **1076**. Suite. 2° Jugements qui ordonnent une reddition de compte. — § **1077**. Suite. 3° Jugement qui ordonnent une restitution de fruits. — § **1078**. Suite. 4° Jugements qui ordonnent de fournir caution. — § **1079**. Suite. 5° Obligation pour le juge du possessoire de le séparer du pétitoire. — § **1080**. Suite. Il ne doit ni statuer sur le fond du droit. — § **1081**. Suite. Ni se déterminer par des motifs tirés de la propriété. — § **1082**. Suite. Peut-il se livrer à l'examen des titres? — § **1083**. Suite. En faire dépendre le jugement de l'action possessoire? — § **1084**. Suite. Et, dans le cas de l'affirmative, procéder lui-même à cet examen? — § **1085**. Suite. 6° Office du juge en matière possessoire. — § **1086**. Suite. Premier cas : le demandeur a justifié de son droit. — § **1087**. Suite. Second cas : c'est le défendeur qui a prouvé le sien. — § **1088**. Suite. Troisième cas : les deux parties ont justifié, l'une et l'autre, d'une possession utile. — § **1089**. Suite. Solutions diverses auxquelles le juge peut s'arrêter dans ce cas : maintenue, séquestre et récréance. — § **1090**. Suite. Légitimité de ces deux dernières. — § **1091**. Suite. Quatrième cas : aucune partie n'a justifié d'une possession suffisante. — § **1092**. II. Attribution des dépens. Principe de la condamnation aux dépens de la partie qui succombe. — § **1093**. Suite. Cette condamnation suppose que la partie gagnante y a conclu, et que le tribunal l'a prononcée. — § **1094**. Suite. A quelles conditions on peut être condamné aux dépens. — § **1095**. Suite. 1° Il faut avoir été partie au procès. Exceptions à cette règle. — § **1096**. Suite. *a*) Pour les avoués et huissiers qui ont excédé les bornes de leur ministère, et pour les administrateurs qui ont compromis les intérêts de leur administration. — § **1097**. Suite. *b*) Dans certains cas, pour le mari qui n'a fait qu'autoriser sa femme. — § **1098**. Suite. 2° Il faut avoir succombé. Cas exceptionnels où la partie qui succombe n'est pas condamnée aux dépens. — § **1099**. Suite. A. Elle agissait dans un intérêt public. — § **1100**. Suite. B. Les circonstances autorisent à mettre les dépens à la charge de la partie gagnante. — § **1101**. Suite. C. Le tribunal répartit les dépens entre les deux parties. — § **1102**. Suite. *a*) Compensation des dépens. — § **1103**. Suite. α) Entre conjoints, parents et alliés. — § **1104**. Suite. β) Entre parties succombant respectivement sur quelques chefs. — § **1105**. Suite. Parallèle entre la compensation des dépens et la compensation proprement dite. — § **1106**. Suite. *b*) Procédé qui consiste à faire masse des dépens. — § **1107**. Suite. Complications possibles en matière d'attribution des dépens. — § **1108**. Suite. 1° Plusieurs parties succombent sur une seule et même demande. — § **1109**. Suite. 2° Plusieurs demandes ont été formées, et une partie est étrangère à l'une de ces demandes. — § **1110**. Suite. 3° Intervention volontaire. — § **1111**. Suite. Distraction des dépens. — § **1112**. Suite. Elle

on suivra pour toutes ces personnes l'ordre du tableau[5]; 3) qu'elles seront toujours appelées en nombre pair. C'est sur ce point que la loi du 30 août 1883 apporte au Code de procédure une innovation que ses auteurs n'ont peut-être pas prévue. L'article 468, supposant que les juges à départager ont pu siéger en nombre pair, et considérant qu'en fait c'est dans les tribunaux ainsi composés que le partage se produit le plus souvent, prescrivait d'appeler toujours des départiteurs en nombre impair, afin que le tribunal ne se trouvât pas de nouveau composé de magistrats en nombre pair. C'est la règle inverse qu'il faut suivre aujourd'hui, et ce n'est pas un ou trois, mais deux départiteurs, que le tribunal doit appeler pour ne pas se trouver composé en nombre pair : ce qui serait non-seulement contraire à la loi du 30 août 1883[6] mais encore très imprudent, le partage étant surtout à craindre dans les tribunaux où chaque opinion peut réunir le même nombre de voix[7].

§ **1067**. 3° Aucun texte ne fixe le délai dans lequel doit être rendu le jugement qui vide le partage[1], mais il serait contraire à l'esprit de la loi qu'il fût rendu à l'audience où le tribunal a déclaré le partage, et avant que les départiteurs fûssent à même de juger en connaissance de cause[2]. Il faut,

[5] Il a cependant été jugé que les membres de la chambre qui a déclaré le partage peuvent, s'ils n'ont pas connu de l'affaire, être appelés comme départiteurs d'après l'ordre du tableau particulier de cette chambre, quand même ils ne seraient pas les plus anciens sur le tableau général du tribunal (Req. 21 août 1848 ; D. P. 48. 1. 223), et bien qu'ils ne fissent pas encore partie de cette chambre le jour où le jugement de partage a été rendu (Req. 31 mai 1843, D. A. *v° cit.*, n° 132 ; req. 9 avr. 1850, D. P. 50. 1. 131). Le plus ancien des avocats présents à l'audience peut-il départager le tribunal, alors qu'il n'est pas le plus ancien des avocats inscrits au tableau? La cour de cassation a jugé affirmativement, à condition que les parties y aient donné leur consentement (Civ. rej. 22 mai 1832 ; D. A. *v° cit.*, n° 120). Cela revient à dire que ce procédé est irrégulier et que le jugement ainsi rendu est entaché de nullité, mais que cette nullité peut se couvrir ainsi qu'il sera dit au § suivant, note 6. Si l'un des magistrats qui ont concouru au jugement de partage se trouve empêché de siéger ou ne fait plus partie du tribunal, on le remplace d'abord suivant les règles posées t. I, § **65**, et on appelle ensuite les départiteurs suivant l'ordre du tableau : le tout à peine de nullité (Civ. cass. 7 janv. 1885 ; D. P. 85. 1. 236).

[6] Art. 4.

[7] Boitard et Colmet-Daage, *op. et loc. cit.* Glasson, *Note* dans D. P. 84. 1. 17.

§ **1067**. [1] Civ. rej. 6 déc. 1853 (D. P. 54. 5. 456).

[2] Colmar, 7 févr. 1845 (D. P. 45. 4. 330).

tout au contraire, que la cause soit de nouveau conclue, plaidée, et rapportée s'il s'agit d'une instruction par écrit[3]; mais il est clair qu'elle doit se présenter devant eux dans le même état que devant les juges qui en ont déjà connu, et que, le jugement de partage en arrêtant définitivement les termes, les parties ne peuvent plus former de nouvelles demandes, ni le tribunal ordonner de nouveaux moyens d'instruction[4]. Le jugement qui vide le partage fait connaître à quelles personnes on s'est adressé pour départager le tribunal, quel ordre a été suivi parmi elles, et pourquoi celles qu'on a fait siéger ne sont pas les premières dans l'ordre du tableau[5]. Tout ce qui précède est prescrit à peine de nullité[6]. Les juges qui se sont trouvés partagés ne sont pas liés par l'avis qu'ils ont émis, et peuvent se prononcer en sens contraire lors du jugement qui vide le partage[7].

[3] Paris, 19 mars 1816 (D. A. *v° cit.*, n° 136). Le ministère public doit être entendu de nouveau si l'affaire est de communication (Civ. cass. 14 vent. an IV, D. A. *v° cit.*, n° 137; civ. cass. 13 nov. 1849, D. P. 49. 5. 262).

[4] C'est-à-dire que le terrain du litige ne peut être étendu ou déplacé : 1° par les parties qui voudraient poser des conclusions nouvelles, former, par exemple, des demandes reconventionnelles (Nîmes, 22 févr. 1812, Montpellier, 18 juin 1840; D. A. *v° cit.*, n° 107) : 2° par le tribunal lui-même, qui ne peut ordonner un mode d'instruction dont il n'avait pas été question avant le jugement de partage (Rouen, 11 avr. 1809; D. A. v° *Interrogatoire sur faits et articles*, n° 46). Toutefois, rien n'empêche une partie de restreindre ses prétentions, du moment qu'elle ne change pas la question sur laquelle le tribunal a été partagé : elle demandait la nullité d'un testament et, par suite, la restitution de toute la succession; elle peut demander encore cette nullité, mais ne plus conclure qu'à la restitution d'une partie de la succession (Req. 10 mai 1859; D. P. 59. 1. 422). Il est également certain que le tribunal est apte, avec sa nouvelle composition, à statuer sur les incidents qui ne sont ni le fait des parties ni le résultat de l'initiative du juge : que l'instance vienne à être interrompue par le décès d'une partie ou par la cessation des fonctions de son avoué, le tribunal complété par les départiteurs connaîtra, évidemment, de cette complication (Voy., sur ce point, civ. rej. 15 mess. an XI; D. A. v° *Jugement*, n° 139).

[5] Colmar, 5 févr. 1845 (D. P. 45. 4. 330). Il n'est cependant pas nécessaire que le jugement spécifie la cause de l'empêchement (Civ. rej. 4 juill. 1836; D. A. *v° cit.*, n° 124).

[6] Est-ce une nullité d'ordre public? La question est controversée, mais les arrêts les plus récents résolvent cette question négativement. Ils décident : 1° que les parties ne peuvent demander la nullité d'un jugement rendu après partage, après avoir consenti à plaider de nouveau sans que le partage ait été régulièrement déclaré, ou que les départiteurs aient été appelés conformément à la loi (Civ. rej. 22 mai 1832; D. A. *v° cit.*, n° 120) : 2° que ces irrégularités ne peuvent être invoquées pour la première fois devant la cour de cassation (Req. 9 août 1826, D. A. v° *Organisation judiciaire*, n° 161, req. 12 août 1834, D. A. *v° cit.*, n° 189 : *contrà*, civ. cass. 4 juill. 1822, D. A. v° *Jugement*, n° 121, civ. cass. 15 juill. 1829, D. A. *v° cit.*, n° 108).

[7] Grenoble, 2 août 1808 (D. A. *v° cit.*, n° 112). Leur présence est cependant

§ **1068**. *b*. Le partage peut se produire dans les tribunaux de commerce auxquels ne s'applique pas la loi du 30 août 1883[1], en supposant : 1° dans un tribunal composé en nombre pair, α) deux opinions dont chacune réunit le même nombre de voix; β) trois opinions dont aucune n'est plus faible en nombre, en sorte qu'aucun des juges n'est tenu d'abandonner son avis; γ) trois opinions, deux sans majorité, la troisième plus faible en nombre, et le défenseur de celle-ci se ralliant à celle des deux premières qui étaient en minorité par rapport à l'autre[2]; 2° dans un tribunal composé en nombre impair, trois opinions dont aucune n'a, même implicitement, la majorité sur les autres, en sorte qu'aucun juge n'est tenu de s'y rallier. *Premier exemple :* Primus demandeur, Secundus défendeur, et quatre juges qui opinent, deux pour Primus, deux pour Secundus. *Second exemple :* Primus et Secundus plaident sur la propriété de marchandises dont Tertius, intervenant, se prétend aussi propriétaire; deux juges se prononcent pour Primus, un pour Secundus, un pour Tertius; ces deux derniers ne sont pas tenus de renoncer à leur opinion, car aucun des plaideurs n'a la majorité, Primus n'ayant obtenu que deux voix sur quatre[3]. *Troisième*

nécessaire, et les départiteurs ne pourraient juger sans eux (Paris, 30 juill. 1811, D. A. *v° cit.*, n° 141; Caen, 16 janv. 1843, D. A. *v° cit.*, n° 43); en d'autres termes, le partage n'est vidé régulièrement que par un jugement rendu en présence de tous les magistrats qui ont pris part au jugement de partage et des départiteurs qu'ils se sont adjoints, en sorte que le tribunal composé en vue de vider le partage compte toujours, au moins, un membre de plus que le jour où il l'a déclaré (Civ. cass. 7 janv. 1885; D. P. 85. 1. 236). C'est tellement vrai que les juges qui seraient sortis de la chambre par l'effet du roulement, depuis qu'elle a déclaré le partage, devraient y être rappelés pour le vider (Civ. cass. 31 mars 1851; D. P. 51. 1. 65), et que, si l'un des juges qui ont concouru au jugement qui a déclaré ce partage se trouvait empêché de siéger à celui qui le vide, il devrait être remplacé suivant les règles posées t. I, § **65** (Civ. cass. 11 févr. 1835; D. A. *v° cit.*, n° 121). D'autre part, le tribunal qui a déclaré le partage et désigné un départiteur ne peut vider le partage sans lui, lors même qu'il serait en nombre au jour fixé à cet effet (Paris, 30 juill. 1811; D. A. *v° cit.*, n° 139).

§ **1068**. [1] Voy. *suprà*, § **1050**.

[2] Le partage pourrait encore se produire dans le même cas, si l'on admettait, avec M. Glasson, que, sur trois juges dont l'un accorde la somme demandée, le second la refuse, et le troisième en accorde la moitié, le second, obligé d'abandonner son avis et de reconnaître l'existence de la créance, a le droit de ne se rallier à l'opinion d'aucun de ses collègues sur le chiffre de la condamnation, et d'opiner pour un chiffre intermédiaire (Voy., sur ce point, *suprà*, § **1065**, note 4).

[3] Carré, *op. cit.*, t. II, p. 576, note 1. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 252.

exemple : Primus réclame à Secundus le paiement d'une somme de 10.000 francs; les deux premiers juges sont d'avis qu'elle est due, le troisième qu'il n'est dû que 5.000 francs, le quatrième qu'il n'est rien dû; celui-ci est tenu de renoncer à son avis, car il y a majorité implicite sur l'existence de la dette; s'il se rallie à l'opinion qui n'accorde à Primus que 5.000 francs, il y a partage, car il y a désormais deux voix contre deux[4]. *Quatrième exemple :* Primus, Secundus et Tertius se prétendent tous trois propriétaires de marchandises; les trois juges qui composent le tribunal votent l'un pour Primus, l'autre pour Secundus, le dernier pour Tertius; aucune opinion n'a, même implicitement, la majorité, et, chaque juge ayant le droit de garder la sienne, le partage est inévitable. On suit alors les mêmes règles que dans les tribunaux de première instance, sauf deux exceptions : 1° l'article 468 demeure applicable, les tribunaux de commerce pouvant siéger en nombre pair; on appelle donc des départiteurs en nombre impair[5]; 2° on n'appelle pas en cette qualité des avocats ou des avoués, mais, à défaut de suppléants, des personnes prises dans l'ordre du tableau sur la liste dont il est parlé au § **72**[6].

§ **1069**. VI. Quand le jugement est formé, il faut en arrêter les termes : c'est au président qu'il appartient de le rédiger, à moins que ce soin n'ait été confié au rapporteur[1]. Parfois même ils ont rédigé d'avance un projet de jugement qui sert de base et comme de programme au délibéré. Il peut arriver aussi que, pour gagner du temps et ne pas faire attendre les parties, on arrête une rédaction sommaire et provisoire, sauf à donner ensuite au jugement une forme

[4] Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit. Contrà,* Carré, *op. et loc. cit.*
[5] Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*
[6] Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 241.

§ **1069**. [1] Les jugements doivent, comme les actes de procédure, être rédigés en français. Est-ce à peine de nullité? Voy., pour l'affirmative, crim. cass. 16 févr. 1833 (D. A. *v° cit.*, n° 834); pour la négative, req. 1er mars 1830 (D. A. v° *Arbitrage*, n° 1306). Je ne reproduirai pas ici les raisons que j'ai données en faveur de l'affirmative t. II, § **567**, note 22. Voy. encore, sur l'obligation de rédiger les jugements en langue française, crim. rej. 4 oct. 1810 (D. A. v° *Jugement*, n° 203).

définitive, identique pour le fond, mais mieux étudiée et plus complète[2]. Les seuls jugements qu'on ne soit pas tenu de rédiger par écrit sont ceux qui ordonnent des mesures d'instruction extrêmement simples, comme la suspension de l'audience, la continuation de l'affaire à un autre jour, le délibéré en chambre du conseil, ou la mise des pièces sur le bureau du tribunal[3].

§ **1070**. VII. Il n'y a plus maintenant qu'à prononcer le jugement : c'est le privilège, mais c'est aussi la charge du président; lui présent, aucun autre juge ne pourrait lire le jugement[1]. A quel moment cette formalité peut-elle être remplie, et quel en est l'effet?

§ **1071**. 1° Il n'y a pas de jour fixe où le jugement doive être rendu[1]; il y a seulement un moment psychologique où le tribunal en possession des éléments du litige n'a plus le droit d'en faire attendre la solution : en jugeant plus tôt, il violerait le droit de la défense; en tardant plus longtemps, il commettrait un déni de justice[2].

A. Le tribunal ne peut juger avant que les parties aient pu se faire entendre[3]; le jugement rendu avant l'expiration du délai de l'assignation est nul[4]. Même règle, si le défendeur

[2] Le jugement ne devient irrévocable que par son prononcé à l'audience (Voy. *infrà*, § **1072**), mais, à partir de ce moment, il ne peut être modifié que dans des cas très exceptionnels (Voy. *infrà*, §§ **1118** et suiv.).

[3] Req. 19 juill. 1820 (D. A. *v° cit.*, n° 206). Il en est de même des jugements disciplinaires (Grenoble, 7 juill. 1827, D. A. v° *Avocat*, n° 462; req. 7 juin 1847, D. P. 47. 1. 235).

§ **1070**. [1] C'est une des fonctions qu'il ne peut déléguer, et qui ne passe que s'il est empêché (Voy., sur cette hypothèse, civ. rej. 12 août 1891; D. P. 92. 1. 623; S. 92. 1. 245) au plus ancien juge dans l'ordre du tableau (T. I, § **68**); mais un juge qui a assisté à toutes les audiences de la cause (Voy. *suprà*, § **1052**) peut lire le jugement en l'absence de celui qui les a présidées (Civ. rej. 12 août 1891; S. 92. 1. 245).

§ **1071**. [1] Voy., sur les diverses manières de rendre un jugement, t. II, § **689**.

[2] Voy., sur le déni de justice, et sur les conséquences qu'il entraîne, t. I, §§ **140** et suiv.

[3] Je dis *les parties*, laissant de côté, comme toujours, le cas où l'une d'elles ferait défaut (Voy., sur ce cas, le tome VI).

[4] Civ. cass. 14 niv. an VIII (D. A. v° *Douanes*, n° 927). Il en est de même, à plus forte raison, si le tribunal rend jugement contre une partie qui n'a pas été assignée devant lui, et qu'il n'a, par conséquent, pas le droit de juger, même par défaut (Civ. cass. 24 mai 1892, D. P. 92. 1. 328, S. 92. 1. 552; voy., sur les

a constitué avoué, pour le jugement rendu avant l'expiration du délai qu'il a pour signifier ses défenses; même règle, si le défendeur a signifié des défenses, pour le jugement rendu avant l'expiration du délai que le demandeur a pour y répondre[5]. Bien plus, le tribunal devant lequel le défendeur a été assigné à jour fixe ne peut, sans assignation nouvelle, rendre jugement à une audience suivante, le défendeur n'étant pas tenu de se présenter chaque jour pour voir s'il plaira au demandeur de faire appeler la cause[6]. L'instruction close et le rôle des parties terminé, la situation change, et rien ne s'oppose plus à ce que le jugement soit rendu. Les tribunaux civils et de commerce jugent sur-le-champ, ou renvoient l'affaire à une autre audience pour en délibérer dans l'intervalle[7]; ils ne sont tenus, dans ce dernier cas, ni d'indiquer le jour où le jugement sera rendu[8], ni de le rendre au jour même qu'ils ont fixé[9]; le délibéré peut se prolonger suivant les exigences de la cause[10], et le jugement peut être rendu, même sans renvoi[11], à une audience plus éloignée que celle qui a été primitivement fixée[12]. Le tribunal peut même avancer le jour où le jugement sera rendu, et le prononcer, s'il est prêt, à une audience plus rapprochée que celle qu'il a d'abord indiquée : le renvoi à tel jour pour rendre le jugement n'étant qu'une mesure d'ordre et de service intérieur,

jugements par défaut et sur les instances dans lesquelles un tribunal peut statuer de cette manière, le tome VI).

[5] Bordeaux, 9 juill. 1828; Paris, 27 août 1829 (D. A. v° *Jugement*, n° 144). Comp. t. II, § **678**.

[6] Lyon, 22 juin 1831 (D. A. v° *Délai*, n° 110). Rennes, 4 déc. 1834 (D. A. v° *Jugement*, *loc. cit.*).

[7] Voy. t. II, § **689**.

[8] L'article 116 dit que « les juges pourront continuer la cause à une des pro« chaines audiences pour prononcer le jugement », mais l'indication d'un jour fixe n'est pas requise à peine de nullité (Rennes, 31 juill. 1809 et 31 août 1810, req. 24 juin 1818; D. A. *v° cit.*, n° 151). Il en est de même de l'article 93, d'après lequel le tribunal qui ordonne un délibéré sur rapport indique le jour où le rapport devra être fait (Voy. t. II, § **689**).

[9] Il peut être rendu pendant les vacations, après que les conclusions et les plaidoiries ont eu lieu au cours de l'année judiciaire (Liège, 20 nov. 1834; D. A. *v° et loc. cit.*).

[10] Req. 31 juill. 1849 (D. P. 49. 5. 260).

[11] Bruxelles, 10 mars 1819 (D. A. *v° cit.*, n° 152). Req. 7 juin 1832 (D. A. *v° cit.*, n° 151).

[12] Civ. rej. 24 vent. an XI (D. A. *v° cit.*, n° 154). Paris, 17 mai 1814 (D. A. *v° cit.*, n° 151). Req. 13 nov. 1834 (D. A. *v° cit.*, n° 82). Trib. de la Seine, 28 avr. 1841 (D. A. v° *Enregistrement*, n° 4697).

les droits de la défense ne sont pas violés du moment que les conclusions ont été prises, les plaidoiries prononcées, et le ministère public entendu s'il y a lieu[13]. Les mêmes règles s'appliquent aux juges de paix et aux conseils de prud'hommes : le décret du 11 juin 1809, aux termes duquel ces derniers statuent « sur-le-champ »[14], ne leur interdit pas de mettre l'affaire en délibéré[15], et l'article 13 autorise expressément le juge de paix à renvoyer son jugement à une autre audience[16].

b) Que le tribunal prenne son temps, c'est l'intérêt même des parties qui l'exige, car plus il réfléchira, plus elles auront de chances d'être bien jugées. Il ne peut cependant les laisser indéfiniment dans l'attente : s'il tarde trop, elles ont le droit de le mettre en demeure au moyen des sommations dont il est parlé au § 140. Le demandeur risquerait même beaucoup à ne pas le faire, car on verra au tome VII de ce Traité qu'après trois ans à partir du dernier acte de procédure la péremption pourrait être prononcée, faute par lui de n'avoir pas suivi l'instance, autant qu'il était en son pouvoir, en sommant le tribunal de prononcer son jugement. L'article 15, encore plus rigoureux, déclare la péremption acquise de plein droit en justice de paix, toutes les fois qu'un jugement interlocutoire ayant été rendu, la solution définitive n'intervient pas dans les quatre mois de ce jugement. En quoi cette péremption consiste-t-elle, par où déroge-t-elle au droit commun, et comment peut-elle se couvrir? On trouvera également au tome VII la réponse à ces questions.

§ 1072. 2° C'est un acte important que le prononcé du jugement, car on voit par l'article 116 : « Les jugements seront « rendus à la pluralité des voix et prononcés sur-le-champ », qu'un jugement rendu est la même chose qu'un jugement prononcé, que ce n'est ni avant ni après, mais à ce moment précis, que le jugement peut être considéré comme acquis, et que, si l'on avait par hasard rempli avant de le prononcer les formalités qui ne s'accomplissent ordinairement qu'après

[13] Req. 28 févr. 1865 (D. P. 65. 1. 420). Metz, 14 janv. 1867 (D. P. 67. 1. 430).
[14] Art. 36.
[15] Voy. cep. Mollot, *op. cit.*, n° 330.
[16] Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 466. Le décret du 26 octobre 1790 obligeait les juges de paix à statuer « incontinent » (Tit. VII, art. 5).

— transcrire le jugement sur la feuille d'audience et le signer — ce ne serait, malgré tout, qu'un projet dépourvu de l'autorité et de la force exécutoire des jugements[1]. De ce principe résultent les conséquences suivantes. 1° Le tribunal peut rétracter son jugement tant qu'il n'est pas prononcé; un de ses membres, pris de scrupule, peut demander un nouveau délibéré où les choses se retrouveront entières, aucun juge n'étant lié par l'opinion qu'il aura précédemment émise[2]. 2° Si le tribunal n'est composé que de trois juges et que l'un d'eux vienne à mourir, ou si le décès d'un juge fait disparaître la majorité qui s'était formée dans le sens du jugement, celui-ci tombe de plein droit : un nouveau délibéré s'ouvre, on procède à un nouveau scrutin, et, si la majorité ne peut se reformer dans aucun sens, il n'y a plus qu'à déclarer le partage et à procéder ainsi qu'il est dit au § **1088**[3]. C'est pour éviter ces complications qu'on se hâte presque toujours de prononcer les jugements dès qu'ils sont arrêtés. 3° Tout le jugement doit être lu, non-seulement le dispositif, mais encore les motifs qui en sont une partie essentielle, et sans lesquels le dispositif manque d'autorité. Si la rédaction n'en est pas définitivement fixée, le président qui lit le dispositif peut et doit y ajouter des motifs suffisants pour le soutenir. Ce principe est constant; le reste est une question de mesure et d'appréciation[4]. 4° Tout jugement, même sur une affaire jugée à huis-clos, doit être prononcé dans la salle d'audience, publiquement et les portes ouvertes, le tout à peine de nullité : je renvoie aux §§ **549** et suivants pour l'application de cette règle et pour les exceptions qu'elle comporte[5]. 5° Le

§ **1072**. [1] Merlin, *Répertoire*, v° *Jugement*, § III, n° III *ter*. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 43, Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 250. Bonnier, *op. cit.*, n° 265. A l'inverse, le jugement est à considérer comme acquis dès qu'il a été prononcé, le président se fût-il réservé (Voy., sur cette hypothèse, *suprà*, § **1069**) de lui donner après coup une forme définitive (Trib. de Rethel, 8 févr. 1893; D. P. 94. 2. 91). D'autre part, il produit son effet dès la première heure du jour où il est prononcé, et, par exemple, un jugement de dissolution de société rendu à cinq heures de l'après-midi annule la cession d'effets à recouvrer qui a été faite à cette société le même jour avant cette heure (Caen, 31 mars 1879; D. A. *v° cit.*, supp., n° 344).

[2] Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. et loc. cit.*

[3] Bonnier, *op. et loc. cit.*

[4] Voy., sur ce point, Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 158 et 160; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 595 *bis*; req. 11 janv. 1892 (D. P. 94. 1. 65; S. 94. 1. 321).

[5] Je ne m'occupe ici que de la juridiction qui s'exerce à l'audience (Voy., sur la publicité en matière de juridiction gracieuse et dans les affaires contentieuses

§ **1066**. 2° Lorsqu'aucune opinion n'ayant sur les autres une majorité formelle ou implicite, aucun juge n'est tenu de s'y rallier, on déclare le partage en constatant seulement le résultat du vote, sans entrer dans aucun détail sur la manière dont les voix se sont réparties[1]. On dit, en effet, qu'il y a partage de voix ou d'opinions, ou plus brièvement partage, lorsqu'il n'y a ni majorité absolue formée de prime-abord, ni moyen légal d'en faire une[2]. L'article 118 qui s'y réfère est : d'une part, complété par l'article 468 relatif au partage dans les cours d'appel, mais également applicable dans les tribunaux de première instance ; d'autre part, virtuellement modifié par la loi du 30 août 1883[3]. Il résulte de ces textes combi-

§ **1066**. [1] Ce serait violer le secret de la délibération (Carré, *op. cit.*, t. II quest. 491 ; Chauveau, sur Carré, *ib.*; voy., sur ce secret, t. I, § **55**, et *suprà*, § **1062**). Le jugement de partage a l'autorité de la chose jugée, et le tribunal qui l'a rendu ne peut plus, même du consentement des parties, juger au fond sans l'adjonction d'un ou plusieurs départiteurs (Civ. cass. 15 juill. 1829; D. A. *v° cit.*, n° 108).

[2] On dit quelquefois que la formation, dans un tribunal, de plus de deux opinions dont aucune n'a la majorité sur les autres n'est pas le partage, et que celui-ci consiste uniquement dans la formation de deux opinions qui obtiennent chacune le même nombre de voix (Greffier, *op. et loc. cit.*). Les articles 117 et 118 pourraient sembler favorables à cette manière de voir, car ils distinguent le partage du cas où il se forme plus de deux opinions, et la commission de 1865 traitait différemment les deux hypothèses : elle voulait qu'en présence de deux opinions réunissant un nombre égal de suffrages, le juge le moins ancien fût privé de sa voix délibérative, et qu'en présence de plus de deux opinions dont aucune n'a la majorité absolue, le tribunal s'adjoignît trois autres personnes devant lesquelles on recommencerait l'affaire (Greffier, *op. et loc. cit.*). Dans l'état actuel des choses, je ne vois aucun intérêt à refuser le nom de partage à l'hypothèse où il se forme plus de deux opinions. Elle diffère de celle où il ne s'en forme que deux, en ce qu'on oblige les juges les plus faibles en nombre à se réunir à l'une des opinions émises par le plus grand nombre ; mais on vient de voir qu'elle conduit forcément au partage, comme dans le cas où, aucune opinion n'étant plus forte en nombre que les autres, aucun juge n'est tenu d'abandonner la sienne. Les juges qui se trouvent d'accord sur un point, et partagés sur un autre, ne peuvent juger définitivement le premier et déclarer le partage sur le second, si les questions sont connexes (Civ. cass. 12 mars 1834 et 13 févr. 1837; D. A. *v° cit.*, n° 101) ; mais il en est autrement si les divers chefs de la contestation sont distincts, et rien n'empêche alors les juges de statuer immédiatement sur ceux où une majorité s'est formée (Civ. cass. 23 nov. 1835, D. A. *v° cit.*, n° 102; civ. rej. 21 déc. 1859, D. P. 61. 1. 265).

[3] Art. 4. Le règlement toujours délicat des partages a traversé plusieurs phases. 1° L'ancienne jurisprudence n'avait rien de fixe à cet égard, et suivait alternativement deux procédés autorisés l'un et l'autre par des arrêts de règlement : renvoyer l'affaire à un tribunal voisin, ou départager le tribunal par l'adjonction d'un autre juge ou d'un officier du ministère public (Jousse, *op. et loc. cit.*). 2° La loi du 4 prairial an VI, rendue sous l'empire de la constitution du 5 fructidor an III qui n'instituait par département qu'un tribunal unique et, par conséquent, assez nombreux, prescrivait d'appeler comme départiteurs trois de

nés : 1) qu'on s'adressera, pour vider le partage, aux juges titulaires qui n'auront pas connu de l'affaire[4]; à leur défaut, aux juges suppléants; à leur défaut, aux avocats inscrits au tableau; à leur défaut, aux avoués; 2) que, pour n'être pas soupçonné d'avoir connu d'avance l'opinion des départiteurs,

ses membres n'ayant pas encore connu de l'affaire (Art. 1 ; voy., sur l'organisation judiciaire établie par la constitution du 5 fructidor an III, t. I, § **28**, note 2). 3° Cette règle devint difficile à appliquer sous l'empire de la loi du 27 ventôse an VIII, qui établissait des tribunaux d'arrondissement nécessairement moins nombreux que les anciens tribunaux de département; aussi un avis du conseil d'État, du 17 germinal an IX, déclara-t-il qu'à l'avenir on appellerait comme départiteur un juge ou homme de loi ayant assisté à l'audience (Voy., sur l'organisation judiciaire établie par la loi du 27 ventôse an VIII, t. I, § **28**, note 2). L'article 118 apporte d'utiles améliorations aux législations antérieures en prescrivant : 1° d'appeler comme départiteurs des personnes qui ne connaissent pas encore l'affaire, et n'y apportent, par suite, aucun préjugé ; 2° de suivre parmi ces personnes un ordre rigoureux, qui ne permet pas de croire qu'on les ait choisies à raison de leur opinion supposée ; 3° de plaider l'affaire à nouveau devant elles, pour les mettre en état de juger en connaissance de cause. Le partage a, malgré tout, de grands inconvénients : faire des frais et perdre du temps pour se trouver au dernier moment dans l'impossibilité de juger, c'est un résultat fâcheux et, aux yeux de beaucoup de personnes, un échec moral pour la justice, car il ne manque pas de gens malveillants ou superficiels pour voir dans le partage des opinions un aveu d'impuissance, et pour imputer à un travers d'esprit ou au désir de se singulariser des dissentiments qui attestent plutôt la sincérité des magistrats et l'indépendance de leur jugement (Greffier, *op. et loc. cit.*). On a proposé divers moyens d'éviter le partage. Le premier consisterait à donner voix prépondérante au président, mais cette innovation a paru contraire aux règles de notre organisation judiciaire. La commission de 1865 s'était arrêtée à un autre parti : elle distinguait suivant qu'il s'était produit deux ou plus de deux opinions, dont aucune n'avait obtenu la majorité absolue. Dans le premier cas, le jugement ne devait pas faire mention de cet incident, et le dernier juge dans l'ordre du tableau ne devait avoir que voix consultative; dans le second cas, ce procédé avait paru insuffisant, attendu que la retraite d'un des juges pouvait ne pas suffire pour constituer une majorité, et laisser en présence des opinions divisées; aussi le tribunal devait-il s'adjoindre, au nombre de trois, d'autres juges titulaires ou suppléants, des avocats ou des avoués, et plaider à nouveau la cause devant eux; si cette adjonction n'était pas possible, la partie la plus diligente devait présenter requête au premier président de la cour d'appel, afin qu'il désignât un autre tribunal (Greffier, *op. et loc. cit.*). On voit que la loi du 30 août 1883 a pris un autre parti : qu'il y ait ou non partage, le tribunal ne statue qu'en nombre impair, et, par conséquent, le juge le moins ancien n'a jamais, s'ils sont plus de trois, voix délibérative : j'ai indiqué au § **1050** les inconvénients de cette solution. On sait qu'au criminel le partage profite à l'accusé, excepté lorsqu'il s'agit pour le jury de prononcer sur les circonstances atténuantes qui ne sont accordées qu'à la majorité (C. instr. crim., art. 347).

[4] C'est-à-dire aux membres du tribunal tels qu'ils sont portés sur la liste de service dont il est parlé t. I, § **65**, note 2, et qui comprend non-seulement les simples juges mais encore les vice-présidents (Pau, 8 août 1807, D. A. *v° cit.*, n° 134 ; *contrà*, Limoges, 23 avr. 1820, D. A. *v° et loc. cit.*, req. 24 janv. 1883, D. P. 84. 1. 17, voy. *ib.* la note de M. Glasson), et même le président de la chambre qui a déclaré le partage s'il n'y siégeait pas ce jour-là (Req. 17 juill. 1828; D. A. *v° cit.*, n° 131).

on suivra pour toutes ces personnes l'ordre du tableau[5]; 3) qu'elles seront toujours appelées en nombre pair. C'est sur ce point que la loi du 30 août 1883 apporte au Code de procédure une innovation que ses auteurs n'ont peut-être pas prévue. L'article 468, supposant que les juges à départager ont pu siéger en nombre pair, et considérant qu'en fait c'est dans les tribunaux ainsi composés que le partage se produit le plus souvent, prescrivait d'appeler toujours des départiteurs en nombre impair, afin que le tribunal ne se trouvât pas de nouveau composé de magistrats en nombre pair. C'est la règle inverse qu'il faut suivre aujourd'hui, et ce n'est pas un ou trois, mais deux départiteurs, que le tribunal doit appeler pour ne pas se trouver composé en nombre pair : ce qui serait non-seulement contraire à la loi du 30 août 1883[6] mais encore très imprudent, le partage étant surtout à craindre dans les tribunaux où chaque opinion peut réunir le même nombre de voix[7].

§ **1067**. 3° Aucun texte ne fixe le délai dans lequel doit être rendu le jugement qui vide le partage[1], mais il serait contraire à l'esprit de la loi qu'il fût rendu à l'audience où le tribunal a déclaré le partage, et avant que les départiteurs fussent à même de juger en connaissance de cause[2]. Il faut.

[5] Il a cependant été jugé que les membres de la chambre qui a déclaré le partage peuvent, s'ils n'ont pas connu de l'affaire, être appelés comme départiteurs d'après l'ordre du tableau particulier de cette chambre, quand même ils ne seraient pas les plus anciens sur le tableau général du tribunal (Req. 21 août 1848; D. P. 48. 1. 223), et bien qu'ils ne fissent pas encore partie de cette chambre le jour où le jugement de partage a été rendu (Req. 31 mai 1843, D. A. *v° cit.*, n° 132; req. 9 avr. 1850, D. P. 50. 1. 131). Le plus ancien des avocats présents à l'audience peut-il départager le tribunal, alors qu'il n'est pas le plus ancien des avocats inscrits au tableau? La cour de cassation a jugé affirmativement, à condition que les parties y aient donné leur consentement (Civ. rej. 22 mai 1832; D. A. *v° cit.*, n° 120). Cela revient à dire que ce procédé est irrégulier et que le jugement ainsi rendu est entaché de nullité, mais que cette nullité peut se couvrir ainsi qu'il sera dit au § suivant, note 6. Si l'un des magistrats qui ont concouru au jugement de partage se trouve empêché de siéger ou ne fait plus partie du tribunal, on le remplace d'abord suivant les règles posées t. I, § **65**, et on appelle ensuite les départiteurs suivant l'ordre du tableau : le tout à peine de nullité (Civ. cass. 7 janv. 1885; D. P. 85. 1. 236).

[6] Art. 4.

[7] Boitard et Colmet-Daage, *op. et loc. cit.* Glasson, *Note* dans D. P. 84. 1. 17.

§ **1067**. [1] Civ. rej. 6 déc. 1853 (D. P. 54. 5. 456).

[2] Colmar, 7 févr. 1845 (D. P. 45. 4. 330).

tout au contraire, que la cause soit de nouveau conclue, plaidée, et rapportée s'il s'agit d'une instruction par écrit[3]; mais il est clair qu'elle doit se présenter devant eux dans le même état que devant les juges qui en ont déjà connu, et que, le jugement de partage en arrêtant définitivement les termes, les parties ne peuvent plus former de nouvelles demandes, ni le tribunal ordonner de nouveaux moyens d'instruction[4]. Le jugement qui vide le partage fait connaître à quelles personnes on s'est adressé pour départager le tribunal, quel ordre a été suivi parmi elles, et pourquoi celles qu'on a fait siéger ne sont pas les premières dans l'ordre du tableau[5]. Tout ce qui précède est prescrit à peine de nullité[6]. Les juges qui se sont trouvés partagés ne sont pas liés par l'avis qu'ils ont émis, et peuvent se prononcer en sens contraire lors du jugement qui vide le partage[7].

[3] Paris, 19 mars 1816 (D. A. *v° cit.*, n° 136). Le ministère public doit être entendu de nouveau si l'affaire est de communication (Civ. cass. 14 vent. an IV, D. A. *v° cit.*, n° 137; civ. cass. 13 nov. 1849, D. P. 49. 5. 262).

[4] C'est-à-dire que le terrain du litige ne peut être étendu ou déplacé : 1° par les parties qui voudraient poser des conclusions nouvelles, former, par exemple, des demandes reconventionnelles (Nimes, 22 févr. 1812, Montpellier, 18 juin 1840; D. A. *v° cit.*, n° 107) : 2° par le tribunal lui-même, qui ne peut ordonner un mode d'instruction dont il n'avait pas été question avant le jugement de partage (Rouen, 11 avr. 1809; D. A. v° *Interrogatoire sur faits et articles*, n° 46). Toutefois, rien n'empêche une partie de restreindre ses prétentions, du moment qu'elle ne change pas la question sur laquelle le tribunal a été partagé : elle demandait la nullité d'un testament et, par suite, la restitution de toute la succession; elle peut demander encore cette nullité, mais ne plus conclure qu'à la restitution d'une partie de la succession (Req. 10 mai 1859; D. P. 59. 1. 422). Il est également certain que le tribunal est apte, avec sa nouvelle composition, à statuer sur les incidents qui ne sont ni le fait des parties ni le résultat de l'initiative du juge : que l'instance vienne à être interrompue par le décès d'une partie ou par la cessation des fonctions de son avoué, le tribunal complété par les départiteurs connaîtra, évidemment, de cette complication (Voy., sur ce point, civ. rej. 15 mess. an XI; D. A. v° *Jugement*, n° 139).

[5] Colmar, 5 févr. 1845 (D. P. 45. 4. 330). Il n'est cependant pas nécessaire que le jugement spécifie la cause de l'empêchement (Civ. rej. 4 juill. 1836; D. A. *v° cit.*, n° 124).

[6] Est-ce une nullité d'ordre public? La question est controversée, mais les arrêts les plus récents résolvent cette question négativement. Ils décident : 1° que les parties ne peuvent demander la nullité d'un jugement rendu après partage, après avoir consenti à plaider de nouveau sans que le partage ait été régulièrement déclaré, ou que les départiteurs aient été appelés conformément à la loi (Civ. rej. 22 mai 1832; D. A. *v° cit.*, n° 120) : 2° que ces irrégularités ne peuvent être invoquées pour la première fois devant la cour de cassation (Req. 9 août 1826, D. A. v° *Organisation judiciaire*, n° 161, req. 12 août 1834, D. A. *v° cit.*, n° 189 : *contrà*, civ. cass. 4 juill. 1822, D. A. v° *Jugement*, n° 121, civ. cass. 15 juill. 1829, D. A. *v° cit.*, n° 108).

[7] Grenoble, 2 août 1808 (D. A. *v° cit.*, n° 112). Leur présence est cependant

§ **1068**. *b*. Le partage peut se produire dans les tribunaux de commerce auxquels ne s'applique pas la loi du 30 août 1883[1], en supposant : 1° dans un tribunal composé en nombre pair, α) deux opinions dont chacune réunit le même nombre de voix; β) trois opinions dont aucune n'est plus faible en nombre, en sorte qu'aucun des juges n'est tenu d'abandonner son avis; γ) trois opinions, deux sans majorité, la troisième plus faible en nombre, et le défenseur de celle-ci se ralliant à celle des deux premières qui étaient en minorité par rapport à l'autre[2]; 2° dans un tribunal composé en nombre impair, trois opinions dont aucune n'a, même implicitement, la majorité sur les autres, en sorte qu'aucun juge n'est tenu de s'y rallier. *Premier exemple :* Primus demandeur, Secundus défendeur, et quatre juges qui opinent, deux pour Primus, deux pour Secundus. *Second exemple :* Primus et Secundus plaident sur la propriété de marchandises dont Tertius, intervenant, se prétend aussi propriétaire; deux juges se prononcent pour Primus, un pour Secundus, un pour Tertius; ces deux derniers ne sont pas tenus de renoncer à leur opinion, car aucun des plaideurs n'a la majorité, Primus n'ayant obtenu que deux voix sur quatre[3]. *Troisième*

nécessaire, et les départiteurs ne pourraient juger sans eux (Paris, 30 juill. 1811, D. A. *v° cit.*, n° 141; Caen, 16 janv. 1843, D. A. *v° cit.*, n° 43); en d'autres termes, le partage n'est vidé régulièrement que par un jugement rendu en présence de tous les magistrats qui ont pris part au jugement de partage et des départiteurs qu'ils se sont adjoints, en sorte que le tribunal composé en vue de vider le partage compte toujours, au moins, un membre de plus que le jour où il l'a déclaré (Civ. cass. 7 janv. 1885; D. P. 85. 1. 236). C'est tellement vrai que les juges qui seraient sortis de la chambre par l'effet du roulement, depuis qu'elle a déclaré le partage, devraient y être rappelés pour le vider (Civ. cass. 31 mars 1851; D. P. 51. 1. 65), et que, si l'un des juges qui ont concouru au jugement qui a déclaré ce partage se trouvait empêché de siéger à celui qui le vide, il devrait être remplacé suivant les règles posées t. I, § **65** (Civ. cass. 11 févr. 1835; D. A. *v° cit.*, n° 121). D'autre part, le tribunal qui a déclaré le partage et désigné un départiteur ne peut vider le partage sans lui, lors même qu'il serait en nombre au jour fixé à cet effet (Paris, 30 juill. 1811; D. A. *v° cit.*, n° 139).

§ **1068**. [1] Voy. *suprà*, § **1050**.

[2] Le partage pourrait encore se produire dans le même cas, si l'on admettait, avec M. Glasson, que, sur trois juges dont l'un accorde la somme demandée, le second la refuse, et le troisième en accorde la moitié, le second, obligé d'abandonner son avis et de reconnaître l'existence de la créance, a le droit de ne se rallier à l'opinion d'aucun de ses collègues sur le chiffre de la condamnation, et d'opiner pour un chiffre intermédiaire (Voy., sur ce point, *suprà*, § **1065**, note 4).

[3] Carré, *op. cit.*, t. II, p. 576, note 1. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 252.

exemple : Primus réclame à Secundus le paiement d'une somme de 10.000 francs; les deux premiers juges sont d'avis qu'elle est due, le troisième qu'il n'est dû que 5.000 francs, le quatrième qu'il n'est rien dû; celui-ci est tenu de renoncer à son avis, car il y a majorité implicite sur l'existence de la dette; s'il se rallie à l'opinion qui n'accorde à Primus que 5.000 francs, il y a partage, car il y a désormais deux voix contre deux[4]. *Quatrième exemple :* Primus, Secundus et Tertius se prétendent tous trois propriétaires de marchandises; les trois juges qui composent le tribunal votent l'un pour Primus, l'autre pour Secundus, le dernier pour Tertius; aucune opinion n'a, même implicitement, la majorité, et, chaque juge ayant le droit de garder la sienne, le partage est inévitable. On suit alors les mêmes règles que dans les tribunaux de première instance, sauf deux exceptions : 1° l'article 468 demeure applicable, les tribunaux de commerce pouvant siéger en nombre pair; on appelle donc des départiteurs en nombre impair[5]; 2° on n'appelle pas en cette qualité des avocats ou des avoués, mais, à défaut de suppléants, des personnes prises dans l'ordre du tableau sur la liste dont il est parlé au § **72**[6].

§ **1069**. VI. Quand le jugement est formé, il faut en arrêter les termes : c'est au président qu'il appartient de le rédiger, à moins que ce soin n'ait été confié au rapporteur[1]. Parfois même ils ont rédigé d'avance un projet de jugement qui sert de base et comme de programme au délibéré. Il peut arriver aussi que, pour gagner du temps et ne pas faire attendre les parties, on arrête une rédaction sommaire et provisoire, sauf à donner ensuite au jugement une forme

[4] Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit. Contrà,* Carré, *op. et loc. cit.*
[5] Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*
[6] Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 241.

§ **1069**. [1] Les jugements doivent, comme les actes de procédure, être rédigés en français. Est-ce à peine de nullité? Voy., pour l'affirmative, crim. cass. 16 févr. 1833 (D. A. v° *cit.*, n° 834); pour la négative, req. 1er mars 1830 (D. A. v° *Arbitrage*, n° 1306). Je ne reproduirai pas ici les raisons que j'ai données en faveur de l'affirmative t. II, § **567**, note 22. Voy. encore, sur l'obligation de rédiger les jugements en langue française, crim. rej. 4 oct. 1810 (D. A. v° *Jugement*, n° 293).

définitive, identique pour le fond, mais mieux étudiée et plus complète[2]. Les seuls jugements qu'on ne soit pas tenu de rédiger par écrit sont ceux qui ordonnent des mesures d'instruction extrêmement simples, comme la suspension de l'audience, la continuation de l'affaire à un autre jour, le délibéré en chambre du conseil, ou la mise des pièces sur le bureau du tribunal[3].

§ **1070**. VII. Il n'y a plus maintenant qu'à prononcer le jugement : c'est le privilège, mais c'est aussi la charge du président; lui présent, aucun autre juge ne pourrait lire le jugement[1]. A quel moment cette formalité peut-elle être remplie, et quel en est l'effet?

§ **1071**. 1° Il n'y a pas de jour fixe où le jugement doive être rendu[1]; il y a seulement un moment psychologique où le tribunal en possession des éléments du litige n'a plus le droit d'en faire attendre la solution : en jugeant plus tôt, il violerait le droit de la défense; en tardant plus longtemps, il commettrait un déni de justice[2].

A. Le tribunal ne peut juger avant que les parties aient pu se faire entendre[3]; le jugement rendu avant l'expiration du délai de l'assignation est nul[4]. Même règle, si le défendeur

[2] Le jugement ne devient irrévocable que par son prononcé à l'audience (Voy. *infrà*, § **1072**), mais, à partir de ce moment, il ne peut être modifié que dans des cas très exceptionnels (Voy. *infrà*, §§ **1118** et suiv.).

[3] Req. 19 juill. 1820 (D. A. *v° cit.*, n° 206). Il en est de même des jugements disciplinaires (Grenoble, 7 juill. 1827, D. A. v° *Avocat*, n° 462; req. 7 juin 1847, D. P. 47. 1. 235).

§ **1070**. [1] C'est une des fonctions qu'il ne peut déléguer, et qui ne passe que s'il est empêché (Voy., sur cette hypothèse, civ. rej. 12 août 1891 ; D. P. 92. 1. 623 ; S. 92. 1. 245) au plus ancien juge dans l'ordre du tableau (T. I, § **68**.; mais un juge qui a assisté à toutes les audiences de la cause (Voy. *suprà*, § **1052**) peut lire le jugement en l'absence de celui qui les a présidées (Civ. rej. 12 août 1891 ; S. 92. 1. 245).

§ **1071**. [1] Voy., sur les diverses manières de rendre un jugement, t. II, § **689**.

[2] Voy., sur le déni de justice, et sur les conséquences qu'il entraine, t. I, §§ **140** et suiv.

[3] Je dis *les parties*, laissant de côté, comme toujours, le cas où l'une d'elles ferait défaut Voy., sur ce cas, le tome VI).

[4] Civ. cass. 14 niv. an VIII (D. A. v° *Douanes*, n° 927). Il en est de même, à plus forte raison, si le tribunal rend jugement contre une partie qui n'a pas été assignée devant lui, et qu'il n'a, par conséquent, pas le droit de juger, même par défaut (Civ. cass. 24 mai 1892, D. P. 92. 1. 328, S. 92. 1. 552; voy., sur les

a constitué avoué, pour le jugement rendu avant l'expiration du délai qu'il a pour signifier ses défenses; même règle, si le défendeur a signifié des défenses, pour le jugement rendu avant l'expiration du délai que le demandeur a pour y répondre[5]. Bien plus, le tribunal devant lequel le défendeur a été assigné à jour fixe ne peut, sans assignation nouvelle, rendre jugement à une audience suivante, le défendeur n'étant pas tenu de se présenter chaque jour pour voir s'il plaira au demandeur de faire appeler la cause[6]. L'instruction close et le rôle des parties terminé, la situation change, et rien ne s'oppose plus à ce que le jugement soit rendu. Les tribunaux civils et de commerce jugent sur-le-champ, ou renvoient l'affaire à une autre audience pour en délibérer dans l'intervalle[7]; ils ne sont tenus, dans ce dernier cas, ni d'indiquer le jour où le jugement sera rendu[8], ni de le rendre au jour même qu'ils ont fixé[9]; le délibéré peut se prolonger suivant les exigences de la cause[10], et le jugement peut être rendu, même sans renvoi[11], à une audience plus éloignée que celle qui a été primitivement fixée[12]. Le tribunal peut même avancer le jour où le jugement sera rendu, et le prononcer, s'il est prêt, à une audience plus rapprochée que celle qu'il a d'abord indiquée : le renvoi à tel jour pour rendre le jugement n'étant qu'une mesure d'ordre et de service intérieur,

jugements par défaut et sur les instances dans lesquelles un tribunal peut statuer de cette manière, le tome VI).

[5] Bordeaux, 9 juill. 1828; Paris, 27 août 1829 (D. A. v° *Jugement*, n° 144). Comp. t. II, § **678**.

[6] Lyon, 22 juin 1831 (D. A. v° *Délai*, n° 110). Rennes, 4 déc. 1834 (D. A. v° *Jugement*, *loc. cit.*).

[7] Voy. t. II, § **689**.

[8] L'article 116 dit que « les juges pourront continuer la cause à une des pro« chaines audiences pour prononcer le jugement », mais l'indication d'un jour fixe n'est pas requise à peine de nullité (Rennes, 31 juill. 1809 et 31 août 1810, req. 24 juin 1818; D. A. *v° cit.*, n° 151). Il en est de même de l'article 93, d'après lequel le tribunal qui ordonne un délibéré sur rapport indique le jour où le rapport devra être fait (Voy. t. II, § **689**).

[9] Il peut être rendu pendant les vacations, après que les conclusions et les plaidoiries ont eu lieu au cours de l'année judiciaire (Liège, 20 nov. 1834; D. A. *v° et loc. cit.*).

[10] Req. 31 juill. 1849 (D. P. 49. 5. 260).

[11] Bruxelles, 10 mars 1819 (D. A. *v° cit.*, n° 152). Req. 7 juin 1832 (D. A. *v° cit.*, n° 151).

[12] Civ. rej. 24 vent. an XI (D. A. *v° cit.*, n° 154). Paris, 17 mai 1814 (D. A. *v° cit.*, n° 151). Req. 13 nov. 1834 (D. A. *v° cit.*, n° 82). Trib. de la Seine, 28 avr. 1841 (D. A. v° *Enregistrement*, n° 4697).

les droits de la défense ne sont pas violés du moment que les conclusions ont été prises, les plaidoiries prononcées, et le ministère public entendu s'il y a lieu[13]. Les mêmes règles s'appliquent aux juges de paix et aux conseils de prud'hommes : le décret du 11 juin 1809, aux termes duquel ces derniers statuent « sur-le-champ »[14], ne leur interdit pas de mettre l'affaire en délibéré[15], et l'article 13 autorise expressément le juge de paix à renvoyer son jugement à une autre audience[16].

b) Que le tribunal prenne son temps, c'est l'intérêt même des parties qui l'exige, car plus il réfléchira, plus elles auront de chances d'être bien jugées. Il ne peut cependant les laisser indéfiniment dans l'attente : s'il tarde trop, elles ont le droit de le mettre en demeure au moyen des sommations dont il est parlé au § 140. Le demandeur risquerait même beaucoup à ne pas le faire, car on verra au tome VII de ce Traité qu'après trois ans à partir du dernier acte de procédure la péremption pourrait être prononcée, faute par lui de n'avoir pas suivi l'instance, autant qu'il était en son pouvoir, en sommant le tribunal de prononcer son jugement. L'article 15, encore plus rigoureux, déclare la péremption acquise de plein droit en justice de paix, toutes les fois qu'un jugement interlocutoire ayant été rendu, la solution définitive n'intervient pas dans les quatre mois de ce jugement. En quoi cette péremption consiste-t-elle, par où déroge-t-elle au droit commun, et comment peut-elle se couvrir? On trouvera également au tome VII la réponse à ces questions.

§ 1072. 2° C'est un acte important que le prononcé du jugement, car on voit par l'article 116 : « Les jugements seront « rendus à la pluralité des voix et prononcés sur-le-champ », qu'un jugement rendu est la même chose qu'un jugement prononcé, que ce n'est ni avant ni après, mais à ce moment précis, que le jugement peut être considéré comme acquis, et que, si l'on avait par hasard rempli avant de le prononcer les formalités qui ne s'accomplissent ordinairement qu'après

[13] Req. 28 févr. 1865 (D. P. 65. 1. 420). Metz, 14 janv. 1867 (D. P. 67. 1. 430).
[14] Art. 36.
[15] Voy. cep. Mollot, *op. cit.*, n° 330.
[16] Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 466. Le décret du 26 octobre 1790 obligeait les juges de paix à statuer « incontinent » (Tit. VII, art. 5).

— transcrire le jugement sur la feuille d'audience et le signer — ce ne serait, malgré tout, qu'un projet dépourvu de l'autorité et de la force exécutoire des jugements[1]. De ce principe résultent les conséquences suivantes. 1° Le tribunal peut rétracter son jugement tant qu'il n'est pas prononcé; un de ses membres, pris de scrupule, peut demander un nouveau délibéré où les choses se retrouveront entières, aucun juge n'étant lié par l'opinion qu'il aura précédemment émise[2]. 2° Si le tribunal n'est composé que de trois juges et que l'un d'eux vienne à mourir, ou si le décès d'un juge fait disparaître la majorité qui s'était formée dans le sens du jugement, celui-ci tombe de plein droit : un nouveau délibéré s'ouvre, on procède à un nouveau scrutin, et, si la majorité ne peut se reformer dans aucun sens, il n'y a plus qu'à déclarer le partage et à procéder ainsi qu'il est dit au § **1086**[3]. C'est pour éviter ces complications qu'on se hâte presque toujours de prononcer les jugements dès qu'ils sont arrêtés. 3° Tout le jugement doit être lu, non-seulement le dispositif, mais encore les motifs qui en sont une partie essentielle, et sans lesquels le dispositif manque d'autorité. Si la rédaction n'en est pas définitivement fixée, le président qui lit le dispositif peut et doit y ajouter des motifs suffisants pour le soutenir. Ce principe est constant; le reste est une question de mesure et d'appréciation[4]. 4° Tout jugement, même sur une affaire jugée à huis-clos, doit être prononcé dans la salle d'audience, publiquement et les portes ouvertes, le tout à peine de nullité : je renvoie aux §§ **549** et suivants pour l'application de cette règle et pour les exceptions qu'elle comporte[5]. 5° Le

§ **1072**. [1] Merlin, *Répertoire*, v° *Jugement*, § III, n° III *ter*. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 43, Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 250. Bonnier, *op. cit.*, n° 265. A l'inverse, le jugement est à considérer comme acquis dès qu'il a été prononcé, le président se fût-il réservé (Voy., sur cette hypothèse, *suprà*, § **1069**) de lui donner après coup une forme définitive (Trib. de Rethel, 8 févr. 1893; D. P. 94. 2. 91). D'autre part, il produit son effet dès la première heure du jour où il est prononcé, et, par exemple, un jugement de dissolution de société rendu à cinq heures de l'après-midi annule la cession d'effets à recouvrer qui a été faite à cette société le même jour avant cette heure (Caen, 31 mars 1879; D. A. *v° cit.*, supp., n° 344).

[2] Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. et loc. cit.*

[3] Bonnier, *op. et loc. cit.*

[4] Voy., sur ce point, Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 158 et 160; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 595 *bis*; req. 11 janv. 1892 (D. P. 94. 1. 65; S. 94. 1. 321).

[5] Je ne m'occupe ici que de la juridiction qui s'exerce à l'audience (Voy., sur la publicité en matière de juridiction gracieuse et dans les affaires contentieuses

jugement doit être rendu en présence de quelques-uns des juges qui l'ont rendu, de manière qu'ils puissent le contrôler et protester, au besoin, si, par impossible, le président y faisait quelque changement. Il n'est pas nécessaire que tous les juges qui ont participé au jugement assistent à son prononcé[6]; mais trois au moins d'entre eux doivent y être présents, à peine de nullité[7], puisqu'il est censé rendu à ce moment et qu'il ne peut l'être par moins de trois juges[8]. La présence, à ce moment, de juges qui n'auraient pas pris part au jugement ne serait pas une cause de nullité[9], et il en serait de même, à l'inverse, de l'absence du procureur de la République, car, même dans les causes qui lui sont communicables, sa présence n'est requise qu'à l'audience où il doit conclure[10]. Le magistrat qui préside une audience n'y peut prononcer que les jugements auxquels il a concouru; il y aurait nullité, si le magistrat qui les prononce n'était pas encore président ou ne siégeait pas le jour où ils ont été formés[11].

qui sont jugées en chambre du conseil, t. II, §§ **552** et **553**; aj., sur ce point, quant aux jugements rendus en matière de contributions indirectes, req. 17 mars 1897 (D. P. 97. 1. 445; S. 97. 1. 340).

[6] Req. 12 sept. 1811; Bruxelles, 24 janv. 1821; Grenoble, 23 août 1827; Bruxelles, 6 nov. 1827 et 26 janv. 1828; req. 18 août 1830 et 14 nov. 1832 (D. A. v° *Jugement*, n° 53). Req. 14 nov. 1843 (D. A. *v° cit.*, n° 64). Civ. rej. 31 janv. 1844 (D. A. *v° cit.*, n° 53). Civ. rej. 19 avr. 1864 (D. P. 64. 1. 178). Req. 17 févr. 1868 (D. P. 68. 1. 273). La présence des juges suppléants qui n'ont siégé aux audiences précédentes qu'avec voix consultative est — cela va de soi — encore moins nécessaire (Req. 4 juill. 1888; D. P. 89. 1. 477).

[7] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 146. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 487. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Civ. cass. 26 vend. an VIII (D. A. *v° cit.*, n° 51). Civ. cass. 13 juin 1836 (D. A. v° *Cassation*, n° 1103). Civ. cass. 27 mai 1850 (D. P. 50. 1. 162). Toutefois, la nullité a pu être évitée dans une affaire où le président, s'apercevant immédiatement de l'erreur, avait, au nom du tribunal, prévenu les parties et leurs avoués que la lecture du jugement serait réputée non avenue, et réitérée le lendemain en présence du juge dont l'assistance était indispensable : ainsi fut fait, et la cour de cassation rejeta le pourvoi formé contre l'arrêt ainsi rendu (Req. 19 nov. 1861; D. P. 62. 2. 126).

[8] Voy. t. I, § **64**.

[9] Crim. rej. 10 janv. 1855 (D. P. 55. 1. 168). Même si ces juges ne pouvaient pas prendre part au jugement, parce qu'ils n'ont pas assisté à toutes les audiences de la cause, ou parce que le tribunal se trouve, par suite de leur adjonction, composé en nombre pair (Civ. rej. 12 août 1891, D. P. 92. 1. 623, S. 92. 1. 245; voy., sur ces divers points, *suprà*, §§ **1050** et **1052**).

[10] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 150. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 26. Civ. rej. 23 juill. 1873 (D. P. 74. 1. 71).

[11] Civ. cass. 7 therm. an XI (D. A. v° *Jugement*, *loc. cit.*). Le plus ancien juge, qui lit le jugement à la place du président empêché (Voy., sur cette hypothèse, *suprà*, § **1070**, note 1), doit, comme lui et à peine de nullité, avoir assisté à toutes les audiences de la cause (Voy. l'arrêt rapporté *ib.*).

CHAPITRE II

DU CONTENU DES JUGEMENTS

SOMMAIRE. — § **1073**. Différentes parties du jugement. — § **1074**. I. Solution du litige. — § **1075**. Suite. 1° Jugements qui condamnent à des dommages-intérêts. — § **1076**. Suite. 2° Jugements qui ordonnent une reddition de compte. — § **1077**. Suite. 3° Jugement qui ordonnent une restitution de fruits. — § **1078**. Suite. 4° Jugements qui ordonnent de fournir caution. — § **1079**. Suite. 5° Obligation pour le juge du possessoire de le séparer du pétitoire. — § **1080**. Suite. Il ne doit ni statuer sur le fond du droit. — § **1081**. Suite. Ni se déterminer par des motifs tirés de la propriété. — § **1082**. Suite. Peut-il se livrer à l'examen des titres? — § **1083**. Suite. En faire dépendre le jugement de l'action possessoire? — § **1084**. Suite. Et, dans le cas de l'affirmative, procéder lui-même à cet examen? — § **1085**. Suite. 6° Office du juge en matière possessoire. — § **1086**. Suite. Premier cas : le demandeur a justifié de son droit. — § **1087**. Suite. Second cas : c'est le défendeur qui a prouvé le sien. — § **1088**. Suite. Troisième cas : les deux parties ont justifié, l'une et l'autre, d'une possession utile. — § **1089**. Suite. Solutions diverses auxquelles le juge peut s'arrêter dans ce cas : maintenue, séquestre et récréance. — § **1090**. Suite. Légitimité de ces deux dernières. — § **1091**. Suite. Quatrième cas : aucune partie n'a justifié d'une possession suffisante. — § **1092**. II. Attribution des dépens. Principe de la condamnation aux dépens de la partie qui succombe. — § **1093**. Suite. Cette condamnation suppose que la partie gagnante y a conclu, et que le tribunal l'a prononcée. — § **1094**. Suite. A quelles conditions on peut être condamné aux dépens. — § **1095**. Suite. 1° Il faut avoir été partie au procès. Exceptions à cette règle. — § **1096**. Suite. *a*) Pour les avoués et huissiers qui ont excédé les bornes de leur ministère. et pour les administrateurs qui ont compromis les intérêts de leur administration. — § **1097**. Suite. *b*) Dans certains cas, pour le mari qui n'a fait qu'autoriser sa femme. — § **1098**. Suite. 2° Il faut avoir succombé. Cas exceptionnels où la partie qui succombe n'est pas condamnée aux dépens. — § **1099**. Suite. A. Elle agissait dans un intérêt public. — § **1100**. Suite. B. Les circonstances autorisent à mettre les dépens à la charge de la partie gagnante. — § **1101**. Suite. C. Le tribunal répartit les dépens entre les deux parties. — § **1102**. Suite. *a*) Compensation des dépens. — § **1103**. Suite. α) Entre conjoints. parents et alliés. — § **1104**. Suite. β) Entre parties succombant respectivement sur quelques chefs. — § **1105**. Suite. Parallèle entre la compensation des dépens et la compensation proprement dite. — § **1106**. Suite. *b*) Procédé qui consiste à faire masse des dépens. — § **1107**. Suite. Complications possibles en matière d'attribution des dépens. — § **1108**. Suite. 1° Plusieurs parties succombent sur une seule et même demande. — § **1109**. Suite. 2° Plusieurs demandes ont été formées, et une partie est étrangère à l'une de ces demandes. — § **1110**. Suite. 3° Intervention volontaire. — § **1111**. Suite. Distraction des dépens. — § **1112**. Suite. Elle

n'est pas de droit; comment elle se demande. — § **1113**. Suite. Comment elle s'accorde. — § **1114**. III. Motifs des jugements. Obligation de les motiver. — § **1115**. Suite. Histoire et utilité de cette prescription. — § **1116**. Suite. Comment elle s'applique; des jugements suffisamment motivés, et des jugements nuls pour défaut ou insuffisance de motifs.

§ **1073**. Un jugement se compose généralement de deux parties, le dispositif et les motifs[1]; et dans le dispositif lui-même on distingue deux points, la solution du litige et l'attribution des dépens[2].

§ **1074**. I. Rien de plus divers que l'objet des jugements, car il dépend à la fois de la nature du litige et des circonstances du fait; il n'est pas une question de droit civil, de droit commercial ou de procédure qui ne puisse se poser à leur occasion, et les exemples que j'en pourrais donner ne serviraient qu'à montrer l'infinie variété des décisions judiciaires. Aussi me bornerai-je, pour ne pas sortir de la procédure : 1° à signaler, par avance, l'obligation où sont les tribunaux de statuer sur toutes les questions qui lui sont soumises, à peine de voir leurs jugements attaqués par la requête civile, comme on le verra au tome VI de ce Traité[1]; 2° à dire dès maintenant comment doivent être rendus les jugements qui condamnent à des dommages-intérêts ou à des restitutions de fruits, qui prescrivent de rendre compte, ou qui ordonnent de fournir caution; 2° comment le juge de paix doit observer la séparation du possessoire et du pétitoire; 3° quelles solutions il peut donner aux actions possessoires[2].

§ **1073**. [1] Je dis *généralement* parce qu'il y a des jugements qu'on peut se dispenser de motiver (Voy. *infrà*, § **1116**).

[2] Art. 141. Ce n'est aussi qu'une règle générale, car les jugements d'avant faire droit peuvent ne pas adjuger les dépens, et les réserver jusqu'au jugement définitif (Voy. *infrà*, § **1104**.

§ **1074**. [1] Civ cass. 19 juill. 1892 (D. P. 92. 1. 627; S. 92. 1. 533). Req. 23 oct. 1895 (D. P. 96. 1. 84). Voy., pour plus de détails sur l'omission de statuer, le tome VI auquel je viens de renvoyer, et aj. : 1° qu'une décision peut, jusqu'à un certain point, être implicite, et qu'ainsi le jugement qui condamne un débiteur à payer sa dette par fractions mensuelles jusqu'à entière libération s'applique virtuellement aux intérêts de cette dette, aussi bien qu'au capital (Alger, 6 févr. 1894; D. P. 95. 2. 531); 2° par contre, qu'un tribunal n'a pas le droit de substituer à la demande formée devant lui, et qu'il est tenu de juger, une autre demande qu'il supposerait être dans la pensée des parties, quoiqu'elles ne l'aient aucunement formulée, et à laquelle il appliquerait des principes étrangers à celle dont il est réellement saisi (Alger, 27 juill. 1896; D. P. 97. 2. 143).

[2] Quel que soit le nombre des parties en cause, le tribunal ne peut rendre

§ **1075**. A. « Tous jugements qui condamnent en des « dommages et intérêts en contiendront la liquidation, ou « ordonneront qu'ils seront donnés par état »[1]. La liquidation des dommages-intérêts consiste à en établir immédiatement le *quantum*, et à y condamner la partie qui les a encourus[2]; la fixation des dommages-intérêts par état consiste à en poser dès maintenant le principe, sauf à en régler ensuite la quotité suivant les règles posées aux §§ **1218** et suivants : l'avantage de ce procédé est d'éviter qu'on ne discute actuellement et qu'on n'établisse à grands frais le chiffre de dommages-intérêts, dont le principe n'est pas encore et ne sera peut-être pas admis. On plaide, d'abord, sur le point de savoir s'il y a lieu d'en accorder : s'ils sont refusés, tout est dit; dans le cas contraire, on les liquide conformément à la loi, mais le jugement qui y condamne en principe, et dit qu'ils seront donnés par état, entraîne dès maintenant l'hypothèque judiciaire dont il sera parlé aux §§ **1123** et suivants, et qu'il importe au créancier d'obtenir le plus tôt possible[3]. Si la liquidation des dommages-intérêts doit se prolonger, la partie qui les obtient peut demander une provision[4]. Une autre solution qui se ren-

qu'un seul jugement (toute autre manière de procéder serait frustratoire; civ. cass. 2 août 1893, D. P. 94. 1. 212; S. 94. 1. 278), et un jugement commun à plusieurs défendeurs en cause dans la même affaire peut être invoqué par le gagnant contre eux tous, même contre ceux à l'égard desquels il n'a pas conclu (Req. 31 oct. 1894; D. P. 95. 1. 123; S. 96. 1. 406), mais les divers chefs d'un jugement sont à considérer comme distincts, au point de vue de la régie de l'enregistrement qui peut percevoir sur lui autant de droits qu'il contient de chefs (Déc. min. fin. 14 sept. 1880, D. A. v° *Jugement*, supp., n° 16; comp. trib. comm. de Laval, 25 janv. 1882, D. P. 83. 3. 31).

§ **1075**. [1] Art. 128.

[2] Le tribunal est libre de choisir entre les deux procédés : du moment qu'il trouve dans le dossier les éléments de la fixation des dommages-intérêts, il a le droit de les évaluer sans recourir à la procédure indiquée pour les liquider (Req. 2 avr. 1849, D. P. 49. 1. 104; req. 30 mai 1859, D. P. 59. 1. 269).

[3] Tissier, *De l'effet des jugements qui portent condamnation à des dommages-intérêts à fixer par état* (Dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, nouv. sér., t. XVII, 1888, p. 537 et suiv.). Il n'est pas indispensable, pour qu'il y ait lieu de liquider des dommages-intérêts, que le jugement y condamne expressément : il suffit qu'il résulte des termes de ce jugement qu'un préjudice a été causé, et qu'il en est dû réparation (Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 544 *bis*; civ. rej. 1839, D. A. v° *Prescription civile*, n° 272). L'article 128 s'applique en matière de délits et de quasi-délits, aussi bien qu'aux dommages-intérêts dus en vertu d'une obligation contractuelle ou quasi-contractuelle (Crim. rej. 7 juill. 1855; D. P. 55. 1. 376).

[4] Bioche, *op. cit.*, v° *Dommages-intérêts*, n° 140.

contre dans la pratique, et que l'article 128 ne proscrit pas, consiste à fixer d'ores et déjà le montant des dommages-intérêts, et d'y condamner « si mieux n'aiment les parties « les faire déterminer à dire d'experts », ou si mieux n'ai- « ment les parties qu'il soit procédé par état, ce qu'elles « déclareront dans le délai de..... »[5]. On verra au § **1217** en quoi cette dernière formule est préférable[6].

§ **1076**. B. Quiconque est chargé ou se charge volontairement d'administrer tout ou partie du bien d'autrui doit rendre un compte détaillé de sa recette et de sa dépense[1]. Tels sont, à moins qu'ils n'aient prescrit[2], transigé[3] ou obtenu dispense de rendre compte[4], les mandataires, tuteurs,

[5] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 178. Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1842. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*

[6] L'indication d'un délai est usuelle et prévient des lenteurs fâcheuses, mais elle n'est pas indispensable. Le délai passé, la partie qui n'a pas réclamé est censée avoir accepté la fixation faite par le jugement.

§ **1076**. [1] On dit souvent que « tout comptable est présumé débiteur jusqu'à « ce qu'il ait rendu compte » (Voy. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1844 *ter*). Jusqu'à quel point cette proposition est-elle exacte? Voy. *infrà*, note 17. Dans tous les cas, c'est au comptable à établir la consistance des biens dont il doit rendre compte (Req. 9 janv. 1878; D. P. 78. 1. 85).

[2] L'obligation de rendre compte se prescrit généralement par trente ans (C. civ., art. 2262; voy., sur l'application de cet article dans l'espèce, Rennes, 6 janv. 1821, D. A. v° *Compte*, n° 38, req. 6 févr. 1843, D. A. *v° cit.*, n° 35). Par exception et en faveur du tuteur, les actions du pupille à raison des faits de la tutelle et, par conséquent, l'action en reddition de compte se prescrivent par dix ans (C. civ., art. 475; voy., sur cet article, Duranton, *op. cit.*, t. III, n°s 644 et suiv., Demolombe, *op. cit.*, t. VIII, n°s 148 et suiv., Aubry et Rau, *op. cit.*, 5e éd., t. I, p. 496 et suiv.; Demante, *op. cit.*, t. II, n° 239 *bis*-I et suiv.; Valette, *Cours de Code civil*, t. I, p. 582, et *Explication du livre Ier du Code civil*, p. 298 et suiv.). Si le pupille était mort laissant des héritiers mineurs, la prescription de dix ans serait suspendue à leur profit (C. civ., art. 2252). Cette prescription s'applique-t-elle aussi à l'action en redressement de compte? Voy. *infrà*, § **1233**.

[3] Les parties capables peuvent transiger sur tous les intérêts qui ne tiennent pas à l'ordre public (C. civ., art. 2045). Par exception, l'article 472 du Code civil annule, entre le tuteur et le pupille devenu majeur, tout traité qui affranchirait le premier, en tout ou en partie, de l'obligation de rendre des comptes au second: aucun traité relatif aux frais de la tutelle n'est valable, s'il n'a été précédé de la reddition d'un compte détaillé avec remise des pièces justificatives à l'appui, et s'il ne s'est écoulé dix jours au moins entre la date du récépissé de ce compte et le traité (Voy., sur cet article, Duranton, *op. cit.*, t. III, n°s 636 et suiv.; Demolombe, *op. cit.*, t. VIII, n°s 58 et suiv.; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, p. 491 et suiv.; Demante, *op. cit.*, t. II, n° 236 *bis*; Valette, *Cours de Code civil*, t. I, p. 258 et suiv., et *Explication du livre Ier du Code civil*, p. 288 et suiv.; Dalloz et Vergé, *Code civil annoté*, art. 472, n°s 1 et suiv.). On ne pourrait pas transiger non plus sur les comptes relatifs à une succession non encore ouverte (C. civ., art. 791, 1130 et 1600).

[4] Un comptable peut-il être dispensé de rendre compte? C'est une question

associés, copartageants, héritiers bénéficiaires, exécuteurs testamentaires, dépositaires, séquestres, créanciers-gagistes

de droit civil qu'il est impossible de traiter ici à fond, et sur laquelle je me bornerai aux observations suivantes. Laurent considère l'obligation de rendre compte comme un élément essentiel du mandat, et en conclut que le mandataire ne saurait être dispensé de rendre compte (*Op. cit.*, t. XXVII, n° 496) ; si cette thèse était fondée, il en résulterait qu'aucun comptable ne peut être dispensé de rendre compte, car un administrateur comptable est toujours plus ou moins mandataire. Je crois, au contraire : 1° qu'il faut poser en principe que l'obligation de rendre compte n'est pas de l'essence du mandat, puisqu'il y avait en droit romain des *procuratores in rem suam* ou mandataires dispensés de rendre compte (Dig., LL. 25 et 55, *De procur.*, III, III; 4, § 5, *De appell.*, XLIX, I; Accarias, *op. cit.*, t. II, n°s 640 et suiv.) ; 2° qu'il faut distinguer, pour l'application de ce principe, suivant que l'obligation de rendre compte vient d'un contrat, comme le mandat proprement dit, d'un testament comme l'exécution testamentaire, d'un quasi-contrat comme la gestion d'affaires, ou d'une disposition de la loi comme l'article 471 du Code civil sur les comptes de tutelle. 1) Les conventions passées entre personnes capables sur des objets qui ne touchent pas à l'ordre public tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (C. civ., art. 1134) ; or l'obligation de rendre compte imposée aux personnes chargées par contrat de faire les affaires d'autrui n'est pas d'ordre public : le mandant capable peut donc en dispenser le mandataire, soit à l'époque où celui-ci, ayant fini d'administrer, doit rendre compte, soit même d'avance et au moment même où le mandat lui est confié (Troplong, *Du mandat* (Paris, 1846), n° 415; Pont, *Des petits contrats*, t. I, n° 1003; civ. rej. 12 janv. 1830, D. A. v° *Mandat*, n° 248; civ. rej. 24 août 1831, D. A. v° *Compte*, n° 40; civ. rej. 11 juin 1839, D. A. v° *Mandat*, n° 238; Nancy, 5 août 1871, D. P. 72. 2. 77; Douai, 17 août 1871, D. P. 72. 2. 74). 2) Il en est à peu près de même pour les exécuteurs testamentaires : non-seulement les héritiers *ab intestat* et les légataires, envers qui ils sont comptables, peuvent les dispenser de rendre compte, mais il était généralement reçu dans l'ancien droit que le testateur pouvait les en exempter en les instituant (Voy. Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 229; Furgole, *Des testaments* (Paris, 1779), ch. X, sect. IV, n° 37). Cette solution doit encore être admise, pourvu que l'exécuteur testamentaire ne soit pas incapable de recevoir cette libéralité indirecte, et que le testateur n'ait pas laissé des héritiers à réserve aux droits desquels il lui était défendu de porter atteinte (Voy., sur cette question, Toullier, *op. cit.*, t. V, n° 604; Duranton, *op. cit.*, t. IX, n° 406; Demolombe, *op. cit.*, t. XXII, n° 118; Aubry et Rau, *op. cit.*, 4e éd., t. VII, p. 457; Douai, 23 juin 1846, D. P. 46. 2. 155). 3) Ceux qui sont comptables envers un tiers, sans avoir contracté avec lui, ne peuvent être dispensés de lui rendre compte qu'à l'époque où, leur administration ayant pris fin, ils pourraient être tenus de le faire; mais on ne voit pas ce qui empêcherait, à ce moment, la partie capable envers laquelle ils sont comptables de renoncer au compte qu'elle aurait le droit d'exiger : pourquoi l'absent, dont un tiers, envoyé ou non en possession par justice, a géré les biens, ne pourrait-il pas dispenser le gérant de lui rendre des comptes? 4) J'en dirai autant, du moins en principe, des personnes qui sont tenues de rendre compte en vertu d'une disposition légale, comme l'héritier bénéficiaire, le curateur à succession vacante, ou le curateur à l'immeuble délaissé par hypothèque ; je ferai seulement exception pour le tuteur, que son ex-pupille ne peut dispenser de rendre compte — la preuve en est dans les dispositions de l'article 472 du Code civil rappelées à la note précédente — et que le donateur ou testateur ne peut pas affranchir non plus de l'obligation de rendre compte des biens donnés ou légués à son pupille (Demolombe, *op. cit.*, t. VIII, n° 39; Aubry et Rau, *op. cit.*, 5e éd., t. I, p. 490). Je n'assimilerais pas complètement le père administrateur légal au tuteur : l'article 472 ne s'applique pas à l'administration légale, et, par conséquent, l'enfant arrivé à sa majorité peut dispenser son père de lui rendre

et antichrésistes, envoyés en possession provisoire de biens d'absent[5], curateurs aux successions vacantes et aux immeubles délaissés par hypothèque, gérants d'affaires, possesseurs de bonne ou de mauvaise foi, comptables de deniers publics; tels sont aussi le père administrateur légal, et l'époux survivant commun en biens qui n'a pas fait inventaire[6]: tels sont, enfin, les conseils judiciaires et curateurs aux mineurs émancipés qui se sont immiscés dans l'administration qui ne leur était pas confiée, ou qu'ils avaient pour unique mission de surveiller[7]. Si la personne qui a droit au compte et celle qui le doit sont capables, elles peuvent, d'un commun accord, choisir un arbitre ou arrêter le compte à l'amiable[8]; s'il y a parmi elles un incapable ou si elles ne peu-

compte (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, p. 509), mais je ne crois pas que le donateur ou testateur ait le même droit en ce qui concerne les biens donnés ou légués à l'enfant, et je ne vois pas, sous ce rapport, de différence à faire entre le tuteur et le père administrateur légal. D'ailleurs, la prescription, la transaction et la dispense valablement accordée sont les seules causes qui puissent exempter un comptable de l'obligation de rendre son compte : peu importe qu'il l'ait déjà présenté dans une instance antérieure, si elle n'a pas abouti et que ce compte n'ait pas été apuré (Rennes, 6 janv. 1831, D. A. *v° cit.*, n° 38; Bordeaux, 25 janv. 1834, D. A. *v° cit.*, n° 36). 5) Produire son compte, c'est s'avouer comptable et se rendre, par conséquent, non recevable à prétendre qu'on l'a déjà rendu (Civ. cass. 21 juill. 1817; D. A. v° *Jugement*, n° 18).

[5] Les envoyés en possession définitive n'ont pas de compte à rendre, puisqu'ils restituent les biens dans l'état où ils se trouvent (C. civ., art. 132).

[6] Voy. C. civ., art. 125, 389, 469, 497, 549, 803, 813, 828, 1031, 1372, 1447, 1476, 1872, 1937, 1956, 1962, 1993, 2079, 2081, 2085 et 2174. Aj. C. pr. civ., art. 596; Paris, 17 févr. 1821 (D. A. v° *Compte*, n° 277); Bordeaux, 24 mars 1887 (D. P. 88. 2. 144); Paris, 24 janv. 1888 (D. P. 89. 2. 141).

[7] Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 172. Req. 6 févr. 1843 (D. A. v° *Compte*, n° 35). Le subrogé-tuteur ne peut concourir aux actes de gestion du tuteur que dans les cas déterminés par les articles 450, 451, 453 et 470 du Code civil (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, p. 477; voy., sur son rôle en matière d'appel, le tome VI). L'individu pourvu d'un conseil judiciaire conserve l'administration de ses biens, et son conseil n'a d'autre fonction que celle de l'assister dans les actes déterminés par les articles 499 et 513 (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, p. 567).

[8] Les arrêtés de compte ne sont soumis à aucune forme particulière. Ils ne sont pas rédigés en double comme les actes portant convention synallagmatique (Req. 12 mars 1811, D. A. *v° cit.*, n° 204; Aix, 12 juill. 1812, D. A. v° *Obligations*, n° 4009; Orléans, 22 août 1840, D. A. v° *Compte courant*, n° 93; *contrà*, Paris, 4 févr. 1811, D. A. v° *Compte*, n° 203; voy., sur la formalité des doubles, t. II, § 715). Ils ne sont pas soumis à la formalité du *bon pour* ou *approuvé* (Grenoble, 26 janv. 1826; D. A. *v° cit.*, n° 158; voy., sur cette formalité, t. II, § 716). Il n'est pas besoin de coter et de parapher chacune des pages dont ils se composent (Req. 3 sept. 1811; D. A. *v° cit.*, n° 210). Il suffit qu'ils énoncent la somme à laquelle s'élève le reliquat reconnu par les deux parties (Req. 20 avr. 1857; D. P. 57. 1. 356). On peut même tenir pour arrêté un compte qui porte comme mention finale que le montant en a été payé, sans ajouter que c'est pour solde (Nancy, 2 mai 1826; D. A. *v° cit.*, n° 151) : bien plus, on peut établir

vent s'entendre, il faut recourir à justice[9]. C'est le cas de l'instance en reddition de compte[10] qu'introduit en la forme ordinaire[11] la partie la plus diligente[12] : c'est généralement la partie qui a droit au compte et qui est pressée de l'obtenir[13]; ce peut être aussi le comptable qui a toujours le droit de se libérer[14], surtout s'il est commerçant, car il ne peut se

à l'aide d'un commencement de preuve par écrit la reddition d'un compte dont l'instrument n'est pas produit (Req. 1er mars 1815, D. A. v° *Société*, n° 785; req. 18 juill. 1827, D. A. v° *Compte*, n° 205; voy., sur le commencement de preuve par écrit, *suprà*, § **824**). Enfin, l'article 472 du Code civil (Voy. *suprà*, note 3) ne s'applique qu'aux comptes de tutelle : tous les autres comptes sont acceptés valablement sans que le rendant en ait remis les pièces justificatives, à moins que l'oyant n'ait fait de cette remise une condition expresse de son acceptation, ou que cette condition ne résulte implicitement des circonstances du fait (Civ. cass. 7 juill. 1812, D. A. *v° cit.*, n° 83; *contrà*, Paris, 4 févr. 1811, D. A. *v° cit.*, n° 203). L'annulation d'un arrêté de compte met le rendant en situation de rendre un nouveau compte (Orléans, 22 août 1840; D. A. v° *Compte courant*, *loc. cit.*).

9 Bioche, *op. et v° cit.*, n° 22. Bonnier, *op. cit.*, n° 1275.

10 Elle peut être principale ou incidente, et même se présenter sous forme reconventionnelle. Un très ancien arrêt de la cour de cassation en a décidé autrement, sous prétexte que la demande en reddition de compte ne tend pas à la compensation (Req. 18 déc. 1810; D. A. v° *Compte*, n° 45), mais on a vu t. I, § **396**, que les demandes reconventionnelles ne tendent pas nécessairement à la compensation, et que toutes les prétentions qui servent de défense à l'action principale peuvent se produire sous cette forme; or c'est, évidemment, défendre à la demande principale du créancier que de conclure contre lui à la reddition d'un compte dont la balance peut le constituer débiteur.

11 Par ajournement ou citation, si la demande est principale; par requête, si elle est incidente (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 46 et 48).

12 Ou son représentant : il a été jugé qu'un avoué peut demander compte à son confrère des fonds qu'il lui a remis sur l'ordre de son propre client (Req. 14 févr. 1838; D. A. v° *Avoué*, n° 112). On peut encourir des dommages-intérêts pour avoir demandé un compte qui n'était pas dû (Liège, 3 févr. 1824; D. A. v° *Compte*, n° 42), par application du principe qui régit les demandes reconventionnelles en dommages-intérêts fondées sur la demande principale elle-même (Voy. t. I, § **396**). La demande est dirigée contre le comptable en personne : s'il est présumé absent, le tribunal commet un notaire pour le représenter (C. civ., art. 113); s'il est déclaré absent, le compte est rendu à sa place par les envoyés en possession de ses biens ou par son conjoint présent commun en biens (C. civ., art. 134).

13 Ou ses créanciers (C. civ., art. 1166; t. I, § **310**). Si ce compte est dû à plusieurs personnes, la priorité se détermine entre elles conformément à l'article 967 (Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1850; voy. t. I, § **317**, note 1).

14 De même que le débiteur peut faire des offres réelles suivies de consignation au créancier qui refuse sans motifs d'accepter le paiement (C. civ., art. 1257 et suiv.; voy. le tome VII), de même il a le droit d'imposer la reddition de compte au créancier qui s'y refuse (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 150) : prétention d'autant mieux fondée que ses biens, s'ils sont grevés d'hypothèque, le resteront jusqu'à l'apurement du compte (Req. 12 févr. 1814; D. A. *v° cit.*, n° 75), et que lui-même, s'il est héritier bénéficiaire, sera tenu, faute d'avoir rendu compte, sur ses biens personnels et *ultrà vires hereditatis* (Civ. rej. 17 avr. 1839; D. A. *v° cit.*, n° 128).

faire réhabiliter après faillite que s'il a rendu ses comptes[15]. Sur cette demande qui s'instruit, suivant les cas, dans la forme ordinaire ou sommairement[16], le tribunal a trois partis à prendre : 1° rejeter la demande, s'il estime qu'il n'y a pas lieu à compter[17]; 2° arrêter lui-même le compte, s'il en a sous la main les éléments[18]; 3° dire qu'il sera rendu compte, dans quel délai, et devant qui[19]. Ce peut être un

[15] C. comm., art. 612. Bioche ajoute que le comptable qui n'a pas rendu compte n'est pas admis non plus au bénéfice de cession de biens (*Op. et v° cit.*, n° 3). Cette décision n'a d'intérêt que dans les cas très rares où la cession de biens existe aujourd'hui, et en supposant, chose encore plus rare, qu'il y ait, dans ces mêmes cas, matière à reddition de compte (Voy., sur l'utilité que la cession de biens peut présenter aujourd'hui, le tome IV).

[16] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 53. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1849. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. II, n° 789. L'article 529 suppose que le compte est dû à plusieurs personnes : il prescrit, dans une vue d'économie, qu'elles ne nommeront qu'un seul avoué lorsqu'elles auront le même intérêt; que, faute par elles de s'entendre sur le choix, le plus ancien occupera pour elles toutes; et que, si chacune d'elles en a néanmoins constitué un, les frais occasionnés par cette constitution particulière demeureront à sa charge. Cet article, également applicable au cas où la demande en reddition de compte est formée par le comptable, et au cas où elle émane des personnes auxquelles il doit rendre compte (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 52), ne précise pas suffisamment ce qu'il faut entendre par *le même intérêt*, et ne prévoit pas le cas où ceux auxquels le compte est dû auraient des intérêts distincts, 1° *Le même intérêt* ne signifie pas nécessairement un intérêt identique; il veut dire seulement que les personnes qui ont droit au compte ont des intérêts communs sur un ou plusieurs points, et n'ont d'intérêt opposé sur aucun (Favard de Langlade, *op. cit.*, v° *Compte*, § I, n° II; Bioche, *op. et v° cit.*, n° 51; Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1852; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*). 2° Voy., sur le cas où les personnes qui agissent ou qui sont poursuivies en reddition de compte représentent des intérêts contraires, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 52; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*

[17] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 54 et 55. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* C'est ce qu'il fera notamment, si le comptable poursuivi produit immédiatement son compte et les pièces à l'appui, et justifie par-là que c'est lui qui se trouve créancier : le tribunal condamnera le défendeur, séance tenante, à payer au comptable le montant de la balance qui existe en faveur de ce dernier (Req. 3 therm. an IX, D. A. *v° cit.*, n° 115; Paris, 29 janv. 1818, D. A. *v° cit.*, n° 85). On ne peut plus dire alors que le comptable qui n'a pas rendu son compte soit présumé débiteur.

[18] Req. 6 août 1833 (D. A. v° *Expert*, n° 49). Req. 8 févr. 1837 (D. A. v° *Frais*, n° 112). Civ. rej. 19 déc. 1853 (D. P. 54. 1. 25). Req. 3 mars 1874 (D. P. 74. 1. 483). Paris, 25 févr. 1876 (D. P. 76. 2. 233). Req. 13 janv. 1880 (D. P. 80. 1. 340). Civ. rej. 23 mai 1882 (D. P. 83. 1. 409). Aj., pour le cas où le comptable fait défaut, et dans le même sens, Paris, 2 déc. 1876 (D. P. 78. 2. 12); req. 24 janv. 1877 (D. P. 78. 1. 125). En ce sens, l'observation des règles posées par les articles 531 et suivants en matière de reddition de compte (Voy. *infrà*, §§ **1221** et suiv.) n'est pas requise à peine de nullité; mais, comme ce point a souffert quelque difficulté, la commission de 1865 proposait de dire expressément que le tribunal pourrait statuer immédiatement, s'il avait entre les mains les éléments du compte demandé (Greffier, *op. cit.*, p. 86).

[19] « Tout jugement portant condamnation de rendre compte fixera le délai

notaire, si les parties y consentent[20]; dans le cas contraire, ce ne peut être qu'un juge-commissaire[21] devant qui le compte sera rendu dans les formes expliquées aux §§ **1221** et suivants[22].

« dans lequel le compte sera rendu, et commettra un juge » (Art. 530). Il doit, comme tous les jugements, être motivé (Angers, 10 janv. 1838; D. A. *v° cit.*, n° 69). L'indication du juge-commissaire et du délai dans lequel le compte sera rendu par-devant lui n'est pas requise à peine de nullité : cette omission peut être réparée par un second jugement (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 56 et 63 ; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1852 *bis;* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.;* Rodière, *op. et loc. cit.*; Rennes, 29 juin 1813, D. A. *v° cit.*, n° 61 ; req. 11 nov. 1828, D. A. *v° cit.*, n° 58 ; civ. rej. 25 mars 1835, D. A. *v° cit.*, n° 59). Deux difficultés se sont élevées sur ce jugement. 1° Peut-il accorder immédiatement une provision à la partie au profit de laquelle il est rendu, prendre des mesures comminatoires contre le comptable qui ne rendrait par ses comptes dans le délai qui lui est fixé, le condamner d'ores et déjà au paiement de la somme qui lui est demandée, et ordonner d'avance qu'à l'expiration de ce délai ses biens seront saisis et vendus jusqu'à concurrence d'une somme que le tribunal arbitrera? La raison de douter se trouve dans l'article 534, qui ne semble autoriser ces mesures qu'à l'égard du comptable qui a laissé passer le délai qui lui était imparti (Voy. *infrà*, § **1225**). Je ne vois cependant pas d'inconvénient à ce qu'on prenne contre lui les mêmes mesures au moment où on le condamne à rendre compte dans tel délai : elles ont l'avantage d'économiser les frais d'un second jugement, et, étant comminatoires, elles ne font de mal à personne (Voy., sur cette question, Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 69 et 70; Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1870; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*: Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 173; Bruxelles, 30 mai 1808, D. A. v° *Compte courant*, n° 35; Bruxelles, 24 juin 1812, D. A. v° *Compte*, n° 66 ; Poitiers, 2 mars 1832, D. A. *v° cit.*, n° 101). J'irais même plus loin : s'il était d'ores et déjà évident que le solde du compte non encore rendu doit se solder contre le comptable, j'autoriserais le tribunal à accorder à la partie à laquelle ce compte est dû une provision proportionnée à ses besoins, immédiatement exigible, et naturellement imputable sur le montant de sa créance (Voy., sur ce point, Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 67 et 68; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1868 *bis;* civ. rej. 17 août 1853, D. P. 54. 1. 382). 2° Le jugement qui ordonne de rendre compte est-il interlocutoire? Je réponds, par application du principe posé *suprà*, § **1045** : 1° qu'il est interlocutoire, s'il a été précédé d'un débat contradictoire; 2° qu'il en est autrement, si le tribunal l'a rendu d'office ou à la requête de la partie qui demandait compte, et sans que le comptable y contredît. J'ajoute que, s'il est interlocutoire, il ne lie pas le juge, lequel reste maître de décider par un second jugement que le comptable n'est point débiteur (Voy., sur cette question et en sens divers, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 59, Rodière, *op. et loc. cit.*, Bonnier, *op. cit.*, n° 1279, req. 22 févr. 1842, D. A. v° *Chose jugée*, n° 170: aj. *infrà*, § **1137**). Le jugement qui ordonne de rendre compte emporte-t-il hypothèque judiciaire? Voy., sur ce point, *infrà*, § **1123**. *Quid* des dépens en cette matière? Voy., sur ce point, *infrà*, § **1228**.

[20] Civ. rej. 23 mai 1882 (D. P. 83. 1. 409).

[21] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 64. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1853 *bis*. Req. 6 juin 1820 (D. A. v° *Compte*, n° 68). Peu importe qu'il n'ait pas siégé au jugement (Bioche, *op., v° et loc. cit.;* Metz, 24 nov. 1809, D. A. *v° cit.*, n° 53). Si la personne au nom de laquelle il est demandé compte est présumée absente, un notaire chargé de la représenter pourra être adjoint au juge-commissaire (C. civ., art. 113; Bioche, *op. et v° cit.*, n° 66).

[22] Art. 530. Voy., sur la compétence en cette matière, t. II, § **474**.

§ **1077**. C. Il y a lieu à restitution de fruits[1] toutes les fois qu'une personne a joui d'une chose frugifère qui ne lui appartenait pas; le tribunal doit, aux termes de l'article 129, ordonner qu'ils seront restitués de la manière qui sera indiquée au § **1239**[2], mais cette manière de procéder n'est pas prescrite à peine de nullité[3]. D'une part, cette condamnation doit s'exécuter conformément à la loi[4], sans que le tribunal ait besoin de le dire, et par cela seul qu'elle a été prononcée. D'autre part, rien n'empêche de liquider immédiatement les fruits[5], si l'on trouve dans l'aveu du défendeur[6] ou dans les pièces du procès[7] les éléments nécessaires pour procéder à cette opération[8]; on peut même, si les parties y consentent, les renvoyer devant un notaire[9].

§ **1077**. [1] Ce n'est pas le lieu d'expliquer ici quelles personnes gagnent les fruits et quelles autres les restituent, la distinction des fruits naturels et des fruits civils, celle du possesseur de bonne foi qui fait les fruits siens jusqu'à ce que la demande en restitution soit formée contre lui, et du possesseur de mauvaise foi qui doit les restituer à compter du jour même où il a commencé à les percevoir (Voy. seulement, sur les articles 549 et 550 du Code civil, Duranton, *op. cit.*, t. IV, nos 350 et suiv., Demolombe, *op. cit.*, t. IX, nos 590 et suiv., Aubry et Rau, *op. cit.*, t. II, p. 267 et suiv., Demante, *op. cit.*, t. II, nos 383 *bis*-I et suiv., Marcadé, *op. cit.*, t. II, nos 410 et suiv., Valette, *Cours de Code civil*, t. II, p. 116 et suiv., Laurent, *op. cit.*, t. VI, nos 203 et suiv., Dalloz et Vergé, *Code civil annoté*, art. 549, nos 1 et suiv.; et, sur l'effet de la demande en justice relativement aux fruits, t. II, § **666**).

[2] C'est en ce sens qu'on dit que le jugement qui condamne une partie à rendre des fruits ne les liquide pas, et renvoie seulement les parties à compter (Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. II, no 785).

[3] Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 169. Req. 5 févr. 1828 (D. A. v° *Obligations*, no 193). Req. 24 mai 1841 (D. A. v° *Compte*, no 60).

[4] Bioche, *op. et v° cit.*, no 57. Rodière, *op. et loc. cit.*

[5] Il pourra aussi prendre la moyenne entre les évaluations du demandeur et celles du défendeur (Bioche, *op. et v° cit.*, no 55).

[6] Bioche, *op. et v° cit.*, no 54. Civ. rej. 30 mars 1831 (D. A. v° *Propriété*, no 370). Civ. cass. 15 janv. 1839 (D. A. v° *Obligations*, no 1422). Civ. rej. 22 août 1865 (D. P. 65. 1. 359).

[7] Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1884. Rodière, *op. et loc. cit.* Civ. cass. 20 déc. 1819 (D. A. v° *Compte*, n° 71). Civ. cass. 6 août 1822 (D. A. v° *cit.*, no 22). Req. 1er juin 1826 (D. A. v° *Vente*, no 53). Req. 27 juin 1849 (D. P. 50. 5. 215). Req. 23 févr. 1859 (D. P. 59. 1. 386). Req. 12 déc. 1882 (D. P. 83. 1. 188). *Contrà*, Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. II, no 78.

[8] La cour de cassation a été plus loin le 16 novembre 1874 (D. P. 76. 1. 393) et le 23 mai 1882 (D. P. 83. 1. 409). Elle a jugé que le tribunal ne doit pas ordonner une reddition de compte dans les formes indiquées *infrà*, §§ **1221** et suivants, quand les documents de la cause lui permettent de liquider immédiatement la condamnation.

[9] Civ. rej. 23 mai 1882 (D. P. 83. 1. 409).

§ **1078**. D. Certains jugements ordonnent qu'une caution sera fournie. Tantôt les parties en sont convenues, puis une contestation surgit qui les force à plaider, et le tribunal prescrit d'exécuter la promesse de donner caution[1]; tantôt la loi oblige une personne à donner caution, et le tribunal l'y condamne attendu sa résistance, ou surseoit à statuer jusqu'à ce qu'elle se mette en règle sur une contestation où elle est partie[2]; tantôt, enfin, c'est le tribunal lui-même qui, de par l'autorité qui lui appartient, condamne une partie à donner caution[3], ou ne lui adjuge sa demande qu'en l'obligeant à fournir caution de restituer, le cas échéant, l'objet qui va lui être remis[4]. La caution est conventionnelle dans le premier cas[5], légale dans le second[6], judiciaire dans le troisième[7]. Les tribunaux de première instance, les tribunaux

§ **1078**. [1] Voy. notamment, sur cette hypothèse, C. civ., art. 2020.

[2] Voy. C. civ., art. 16, 120, 123, 124, 601, 626, 771, 807, 1518 et 2185-5°; C. pr. civ., art. 166, 167, 542, 832, 992 et 993; C. comm., art. 120, 151, 152, 231, 346 et 384; C. instr. crim., art. 114; L. 15 juin 1872, art. 5.

[3] En admettant que les tribunaux aient ce droit (Voy., sur ce point, Laurent, *op. cit.*, t. XXVIII, n° 182).

[4] C'est ce qui arrive, notamment, en cas d'exécution provisoire (Art. 17, 135, 155 et 439; voy., sur l'exécution provisoire, le tome VI). Aj. art. 417 (*Suprà*, § **1019**).

[5] Les jugements qui condamnent à fournir caution en exécution d'une obligation conventionnelle ne changent pas le caractère du cautionnement : il ne devient pas judiciaire (Aubry et Rau, *op. cit.*, 4e éd., t. IV, p. 678; Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. VIII, n° 273; Laurent, *op. cit.*, t. XXVIII, n° 183; Pont, *op. cit.*, t. II, n° 434; Bioche, *op. cit.*, v° *Caution*, n° 3; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. II, n° 780; *contrà*, Duranton, *op. cit.*, t. XVIII, n° 385). Cette observation n'a plus d'intérêt au point de vue de la contrainte par corps, depuis que la loi du 22 juillet 1867 (Art. 1) a abrogé l'article 2040 (al. 2) du Code civil, aux termes duquel les cautions judiciaires devaient être contraignables par corps (Voy. le tome IV); mais il est encore utile, à deux points de vue, de constater qu'une caution reste conventionnelle et ne devient pas judiciaire : 1° les cautions conventionnelles jouissent, en principe, du bénéfice de discussion qui est refusé aux cautions judiciaires (C. civ., art. 2021 et suiv., et 2042); 2° le débiteur qui a promis de fournir caution ne peut offrir à la place une autre sûreté, au lieu qu'une personne tenue de fournir une caution judiciaire, et impuissante à en trouver une, peut la remplacer par un nantissement suffisant (C. civ., art. 2041).

[6] Le cautionnement fourni en vertu de la loi ne devient pas non plus judiciaire parce qu'un jugement a ordonné de le fournir (Voy., en ce sens, les autorités citées à la note précédente); mais cela n'a d'intérêt qu'au point de vue du bénéfice de discussion, auquel les cautions légales ont droit, comme les cautions conventionnelles, à l'exclusion des cautions judiciaires (C. civ., art. 2021 et suiv., et 2043). La caution légale peut être remplacée, comme la caution judiciaire, par un nantissement suffisant (C. civ., art. 2040).

[7] Voy. art. 135, 155 et 417; L. 25 mai 1838, art. 11. Il existe encore une espèce de cautionnement administratif dans le cas de l'article 273 du Code pénal : « Les vagabonds nés en France pourront, après un jugement même passé en

n'est pas de droit; comment elle se demande. — § **1113**. Suite. Comment elle s'accorde. — § **1114**. III. Motifs des jugements. Obligation de les motiver. — § **1115**. Suite. Histoire et utilité de cette prescription. — § **1116**. Suite. Comment elle s'applique; des jugements suffisamment motivés, et des jugements nuls pour défaut ou insuffisance de motifs.

§ **1073**. Un jugement se compose généralement de deux parties, le dispositif et les motifs[1]; et dans le dispositif lui-même on distingue deux points, la solution du litige et l'attribution des dépens[2].

§ **1074**. I. Rien de plus divers que l'objet des jugements, car il dépend à la fois de la nature du litige et des circonstances du fait; il n'est pas une question de droit civil, de droit commercial ou de procédure qui ne puisse se poser à leur occasion, et les exemples que j'en pourrais donner ne serviraient qu'à montrer l'infinie variété des décisions judiciaires. Aussi me bornerai-je, pour ne pas sortir de la procédure : 1° à signaler, par avance, l'obligation où sont les tribunaux de statuer sur toutes les questions qui lui sont soumises, à peine de voir leurs jugements attaqués par la requête civile, comme on le verra au tome VI de ce Traité[1]; 2° à dire dès maintenant comment doivent être rendus les jugements qui condamnent à des dommages-intérêts ou à des restitutions de fruits, qui prescrivent de rendre compte, ou qui ordonnent de fournir caution; 2° comment le juge de paix doit observer la séparation du possessoire et du pétitoire; 3° quelles solutions il peut donner aux actions possessoires[2].

§ **1073**. [1] Je dis *généralement* parce qu'il y a des jugements qu'on peut se dispenser de motiver (Voy. *infrà*, § **1116**).

[2] Art. 141. Ce n'est aussi qu'une règle générale, car les jugements d'avant faire droit peuvent ne pas adjuger les dépens, et les réserver jusqu'au jugement définitif (Voy. *infrà*, § **1104**.

§ **1074**. [1] Civ cass. 19 juill. 1892 (D. P. 92. 1. 627; S. 92. 1. 533). Req. 23 oct. 1895 (D. P. 96. 1. 84). Voy., pour plus de détails sur l'omission de statuer, le tome VI auquel je viens de renvoyer, et aj. : 1° qu'une décision peut, jusqu'à un certain point, être implicite, et qu'ainsi le jugement qui condamne un débiteur à payer sa dette par fractions mensuelles jusqu'à entière libération s'applique virtuellement aux intérêts de cette dette, aussi bien qu'au capital (Alger, 6 févr. 1894; D. P. 95. 2. 531); 2° par contre, qu'un tribunal n'a pas le droit de substituer à la demande formée devant lui, et qu'il est tenu de juger, une autre demande qu'il supposerait être dans la pensée des parties, quoiqu'elles ne l'aient aucunement formulée, et à laquelle il appliquerait des principes étrangers à celle dont il est réellement saisi (Alger, 27 juill. 1896; D. P. 97. 2. 143).

[2] Quel que soit le nombre des parties en cause, le tribunal ne peut rendre

§ **1075**. A. « Tous jugements qui condamnent en des « dommages et intérêts en contiendront la liquidation, ou « ordonneront qu'ils seront donnés par état »[1]. La liquidation des dommages-intérêts consiste à en établir immédiatement le *quantum*, et à y condamner la partie qui les a encourus[2]; la fixation des dommages-intérêts par état consiste à en poser dès maintenant le principe, sauf à en régler ensuite la quotité suivant les règles posées aux §§ **1218** et suivants : l'avantage de ce procédé est d'éviter qu'on ne discute actuellement et qu'on n'établisse à grands frais le chiffre de dommages-intérêts, dont le principe n'est pas encore et ne sera peut-être pas admis. On plaide, d'abord, sur le point de savoir s'il y a lieu d'en accorder : s'ils sont refusés, tout est dit; dans le cas contraire, on les liquide conformément à la loi, mais le jugement qui y condamne en principe, et dit qu'ils seront donnés par état, entraîne dès maintenant l'hypothèque judiciaire dont il sera parlé aux §§ **1123** et suivants, et qu'il importe au créancier d'obtenir le plus tôt possible[3]. Si la liquidation des dommages-intérêts doit se prolonger, la partie qui les obtient peut demander une provision[4]. Une autre solution qui se ren-

qu'un seul jugement (toute autre manière de procéder serait frustratoire; civ. cass. 2 août 1893, D. P. 94. 1. 212; S. 94. 1. 278), et un jugement commun à plusieurs défendeurs en cause dans la même affaire peut être invoqué par le gagnant contre eux tous, même contre ceux à l'égard desquels il n'a pas conclu (Req. 31 oct. 1894; D. P. 95. 1. 123; S. 96. 1. 406), mais les divers chefs d'un jugement sont à considérer comme distincts, au point de vue de la régie de l'enregistrement qui peut percevoir sur lui autant de droits qu'il contient de chefs (Déc. min. fin. 14 sept. 1880, D. A. v° *Jugement*, supp., n° 16; comp. trib. comm. de Laval, 25 janv. 1882, D. P. 83. 3. 31).

§ **1075**. [1] Art. 128.

[2] Le tribunal est libre de choisir entre les deux procédés : du moment qu'il trouve dans le dossier les éléments de la fixation des dommages-intérêts, il a le droit de les évaluer sans recourir à la procédure indiquée pour les liquider (Req. 2 avr. 1849, D. P. 49. 1. 104; req. 30 mai 1859, D. P. 59. 1. 269).

[3] Tissier, *De l'effet des jugements qui portent condamnation à des dommages-intérêts à fixer par état* (Dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, nouv. sér., t. XVII, 1888, p. 537 et suiv.). Il n'est pas indispensable, pour qu'il y ait lieu de liquider des dommages-intérêts, que le jugement y condamne expressément : il suffit qu'il résulte des termes de ce jugement qu'un préjudice a été causé, et qu'il en est dû réparation (Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 544 *bis*; civ. rej. 1839, D. A. v° *Prescription civile*, n° 272. L'article 128 s'applique en matière de délits et de quasi-délits, aussi bien qu'aux dommages-intérêts dus en vertu d'une obligation contractuelle ou quasi-contractuelle (Crim. rej. 7 juill. 1855; D. P. 55. 1. 376).

[4] Bioche, *op. cit.*, v° *Dommages-intérêts*, n° 140.

contre dans la pratique, et que l'article 128 ne proscrit pas, consiste à fixer d'ores et déjà le montant des dommages-intérêts, et d'y condamner « si mieux n'aiment les parties « les faire déterminer à dire d'experts », ou si mieux n'ai- « ment les parties qu'il soit procédé par état, ce qu'elles « déclareront dans le délai de..... »[5]. On verra au § **1217** en quoi cette dernière formule est préférable[6].

§ **1076**. B. Quiconque est chargé ou se charge volontairement d'administrer tout ou partie du bien d'autrui doit rendre un compte détaillé de sa recette et de sa dépense[1]. Tels sont, à moins qu'ils n'aient prescrit[2], transigé[3] ou obtenu dispense de rendre compte[4], les mandataires, tuteurs,

[5] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 178. Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1842. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*

[6] L'indication d'un délai est usuelle et prévient des lenteurs fâcheuses, mais elle n'est pas indispensable. Le délai passé, la partie qui n'a pas réclamé est censée avoir accepté la fixation faite par le jugement.

§ **1076**. [1] On dit souvent que « tout comptable est présumé débiteur jusqu'à « ce qu'il ait rendu compte » (Voy. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1844 *ter*). Jusqu'à quel point cette proposition est-elle exacte? Voy. *infrà*, note 17. Dans tous les cas, c'est au comptable à établir la consistance des biens dont il doit rendre compte (Req. 9 janv. 1878; D. P. 78. 1. 85).

[2] L'obligation de rendre compte se prescrit généralement par trente ans (C. civ., art. 2262; voy., sur l'application de cet article dans l'espèce, Rennes, 6 janv. 1821, D. A. v° *Compte*, n° 38, req. 6 févr. 1843, D. A. *v° cit.*, n° 35). Par exception et en faveur du tuteur, les actions du pupille à raison des faits de la tutelle et, par conséquent, l'action en reddition de compte se prescrivent par dix ans (C. civ., art. 475; voy., sur cet article, Duranton, *op. cit.*, t. III, n°s 644 et suiv., Demolombe, *op. cit.*, t. VIII, n°s 148 et suiv., Aubry et Rau, *op. cit.*, 5e éd., t. I, p. 496 et suiv.; Demante, *op. cit.*, t. II, n° 239 *bis*-I et suiv.; Valette, *Cours de Code civil*, t. I, p. 582, et *Explication du livre Ier du Code civil*, p. 298 et suiv.). Si le pupille était mort laissant des héritiers mineurs, la prescription de dix ans serait suspendue à leur profit (C. civ., art. 2252). Cette prescription s'applique-t-elle aussi à l'action en redressement de compte? Voy. *infrà*, § **1233**.

[3] Les parties capables peuvent transiger sur tous les intérêts qui ne tiennent pas à l'ordre public (C. civ., art. 2045). Par exception, l'article 472 du Code civil annule, entre le tuteur et le pupille devenu majeur, tout traité qui affranchirait le premier, en tout ou en partie, de l'obligation de rendre des comptes au second : aucun traité relatif aux frais de la tutelle n'est valable, s'il n'a été précédé de la reddition d'un compte détaillé avec remise des pièces justificatives à l'appui, et s'il ne s'est écoulé dix jours au moins entre la date du récépissé de ce compte et le traité (Voy., sur cet article, Duranton, *op. cit.*, t. III, n°s 636 et suiv.; Demolombe, *op. cit.*, t. VIII, n°s 58 et suiv.; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, p. 491 et suiv.; Demante, *op. cit.*, t. II, n° 236 *bis*; Valette, *Cours de Code civil*, t. I, p. 258 et suiv., et *Explication du livre Ier du Code civil*, p. 288 et suiv.; Dalloz et Vergé, *Code civil annoté*, art. 472, n°s 1 et suiv.). On ne pourrait pas transiger non plus sur les comptes relatifs à une succession non encore ouverte (C. civ., art. 791, 1130 et 1600).

[4] Un comptable peut-il être dispensé de rendre compte? C'est une question

associés, copartageants, héritiers bénéficiaires, exécuteurs testamentaires, dépositaires, séquestres, créanciers-gagistes

de droit civil qu'il est impossible de traiter ici à fond, et sur laquelle je me bornerai aux observations suivantes. Laurent considère l'obligation de rendre compte comme un élément essentiel du mandat, et en conclut que le mandataire ne saurait être dispensé de rendre compte (*Op. cit.*, t. XXVII, n° 496); si cette thèse était fondée, il en résulterait qu'aucun comptable ne peut être dispensé de rendre compte, car un administrateur comptable est toujours plus ou moins mandataire. Je crois, au contraire : 1° qu'il faut poser en principe que l'obligation de rendre compte n'est pas de l'essence du mandat, puisqu'il y avait en droit romain des *procuratores in rem suam* ou mandataires dispensés de rendre compte (Dig., LL. 25 et 55, *De procur.*, III, III; 4, § 5, *De appell.*, XLIX, I; Accarias, *op. cit.*, t. II, n°s 640 et suiv.); 2° qu'il faut distinguer, pour l'application de ce principe, suivant que l'obligation de rendre compte vient d'un contrat, comme le mandat proprement dit, d'un testament comme l'exécution testamentaire, d'un quasi-contrat comme la gestion d'affaires, ou d'une disposition de la loi comme l'article 471 du Code civil sur les comptes de tutelle. 1) Les conventions passées entre personnes capables sur des objets qui ne touchent pas à l'ordre public tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (C. civ., art. 1134); or l'obligation de rendre compte imposée aux personnes chargées par contrat de faire les affaires d'autrui n'est pas d'ordre public : le mandant capable peut donc en dispenser le mandataire, soit à l'époque où celui-ci, ayant fini d'administrer, doit rendre compte, soit même d'avance et au moment même où le mandat lui est confié (Troplong, *Du mandat* (Paris, 1846), n° 415; Pont, *Des petits contrats*, t. I, n° 1003; civ. rej. 12 janv. 1830, D. A. v° *Mandat*, n° 248; civ. rej. 24 août 1831, D. A. v° *Compte*, n° 40; civ. rej. 11 juin 1839, D. A. v° *Mandat*, n° 238; Nancy, 5 août 1871, D. P. 72. 2. 77; Douai, 17 août 1871, D. P. 72. 2. 74). 2) Il en est à peu près de même pour les exécuteurs testamentaires : non-seulement les héritiers *ab intestat* et les légataires, envers qui ils sont comptables, peuvent les dispenser de rendre compte, mais il était généralement reçu dans l'ancien droit que le testateur pouvait les en exempter en les instituant (Voy. Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 229; Furgole, *Des testaments* (Paris, 1779), ch. X, sect. IV, n° 37). Cette solution doit encore être admise, pourvu que l'exécuteur testamentaire ne soit pas incapable de recevoir cette libéralité indirecte, et que le testateur n'ait pas laissé des héritiers à réserve aux droits desquels il lui était défendu de porter atteinte (Voy., sur cette question, Toullier, *op. cit.*, t. V, n° 604; Duranton, *op. cit.*, t. IX, n° 406; Demolombe, *op. cit.*, t. XXII, n° 118; Aubry et Rau, *op. cit.*, 4e éd., t. VII, p. 457; Douai, 23 juin 1846, D. P. 46. 2. 155). 3) Ceux qui sont comptables envers un tiers, sans avoir contracté avec lui, ne peuvent être dispensés de lui rendre compte qu'à l'époque où, leur administration ayant pris fin, ils pourraient être tenus de le faire; mais on ne voit pas ce qui empêcherait, à ce moment, la partie capable envers laquelle ils sont comptables de renoncer au compte qu'elle aurait le droit d'exiger : pourquoi l'absent, dont un tiers, envoyé ou non en possession par justice, a géré les biens, ne pourrait-il pas dispenser le gérant de lui rendre des comptes? 4) J'en dirai autant, du moins en principe, des personnes qui sont tenues de rendre compte en vertu d'une disposition légale, comme l'héritier bénéficiaire, le curateur à succession vacante, ou le curateur à l'immeuble délaissé par hypothèque ; je ferai seulement exception pour le tuteur, que son ex-pupille ne peut dispenser de rendre compte — la preuve en est dans les dispositions de l'article 472 du Code civil rappelées à la note précédente — et que le donateur ou testateur ne peut pas affranchir non plus de l'obligation de rendre compte des biens donnés ou légués à son pupille (Demolombe, *op. cit.*, t. VIII, n° 39; Aubry et Rau, *op. cit.*, 5e éd., t. I, p. 490). Je n'assimilerais pas complètement le père administrateur légal au tuteur : l'article 472 ne s'applique pas à l'administration légale, et, par conséquent, l'enfant arrivé à sa majorité peut dispenser son père de lui rendre

et antichrésistes, envoyés en possession provisoire de biens d'absent[5], curateurs aux successions vacantes et aux immeubles délaissés par hypothèque, gérants d'affaires, possesseurs de bonne ou de mauvaise foi, comptables de deniers publics; tels sont aussi le père administrateur légal, et l'époux survivant commun en biens qui n'a pas fait inventaire[6]; tels sont, enfin, les conseils judiciaires et curateurs aux mineurs émancipés qui se sont immiscés dans l'administration qui ne leur était pas confiée, ou qu'ils avaient pour unique mission de surveiller[7]. Si la personne qui a droit au compte et celle qui le doit sont capables, elles peuvent, d'un commun accord, choisir un arbitre ou arrêter le compte à l'amiable[8]; s'il y a parmi elles un incapable ou si elles ne peu-

compte (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, p. 509), mais je ne crois pas que le donateur ou testateur ait le même droit en ce qui concerne les biens donnés ou légués à l'enfant, et je ne vois pas, sous ce rapport, de différence à faire entre le tuteur et le père administrateur légal. D'ailleurs, la prescription, la transaction et la dispense valablement accordée sont les seules causes qui puissent exempter un comptable de l'obligation de rendre son compte : peu importe qu'il l'ait déjà présenté dans une instance antérieure, si elle n'a pas abouti et que ce compte n'ait pas été apuré (Rennes, 6 janv. 1831, D. A. *v° cit.*, n° 38; Bordeaux, 25 janv. 1834, D. A. *v° cit.*, n° 36). 5) Produire son compte, c'est s'avouer comptable et se rendre, par conséquent, non recevable à prétendre qu'on l'a déjà rendu (Civ. cass. 21 juill. 1817; D. A. v° *Jugement*, n° 18).

[5] Les envoyés en possession définitive n'ont pas de compte à rendre, puisqu'ils restituent les biens dans l'état où ils se trouvent (C. civ., art. 132).

[6] Voy. C. civ., art. 125, 389, 469, 497, 549, 803, 813, 828, 1031, 1372, 1447, 1476, 1872, 1937, 1956, 1962, 1993, 2079, 2081, 2085 et 2174. Aj. C. pr. civ., art. 596; Paris, 17 févr. 1821 (D. A. v° *Compte*, n° 277); Bordeaux, 24 mars 1887 (D. P. 88. 2. 144); Paris, 24 janv. 1888 (D. P. 89. 2. 141).

[7] Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 172. Req. 6 févr. 1843 (D. A. v° *Compte*, n° 35). Le subrogé-tuteur ne peut concourir aux actes de gestion du tuteur que dans les cas déterminés par les articles 450, 451, 453 et 470 du Code civil (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, p. 477; voy., sur son rôle en matière d'appel, le tome VI). L'individu pourvu d'un conseil judiciaire conserve l'administration de ses biens, et son conseil n'a d'autre fonction que celle de l'assister dans les actes déterminés par les articles 499 et 513 (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, p. 567).

[8] Les arrêtés de compte ne sont soumis à aucune forme particulière. Ils ne sont pas rédigés en double comme les actes portant convention synallagmatique (Req. 12 mars 1811, D. A. *v° cit.*, n° 204; Aix, 12 juill. 1812, D. A. v° *Obligations*, n° 4009; Orléans, 22 août 1840, D. A. v° *Compte courant*, n° 93; *contrà*, Paris, 4 févr. 1811, D. A. v° *Compte*, n° 203; voy., sur la formalité des doubles, t. II, § **715**). Ils ne sont pas soumis à la formalité du *bon pour* ou *approuvé* (Grenoble, 26 janv. 1826; D. A. *v° cit.*, n° 158; voy., sur cette formalité, t. II, § **716**). Il n'est pas besoin de coter et de parapher chacune des pages dont ils se composent (Req. 3 sept. 1811; D. A. *v° cit.*, n° 210). Il suffit qu'ils énoncent la somme à laquelle s'élève le reliquat reconnu par les deux parties (Req. 20 avr. 1857; D. P. 57. 1. 356). On peut même tenir pour arrêté un compte qui porte comme mention finale que le montant en a été payé, sans ajouter que c'est pour solde (Nancy, 2 mai 1826; D. A. *v° cit.*, n° 151); bien plus, on peut établir

vent s'entendre, il faut recourir à justice[9]. C'est le cas de l'instance en reddition de compte[10] qu'introduit en la forme ordinaire[11] la partie la plus diligente[12] : c'est généralement la partie qui a droit au compte et qui est pressée de l'obtenir[13]; ce peut être aussi le comptable qui a toujours le droit de se libérer[14], surtout s'il est commerçant, car il ne peut se

à l'aide d'un commencement de preuve par écrit la reddition d'un compte dont l'instrument n'est pas produit (Req. 1er mars 1815, D. A. v° *Société*, n° 785; req. 18 juill. 1827, D. A. v° *Compte*. n° 205; voy., sur le commencement de preuve par écrit, *suprà*, § **824**). Enfin, l'article 472 du Code civil (Voy. *suprà*, note 3) ne s'applique qu'aux comptes de tutelle : tous les autres comptes sont acceptés valablement sans que le rendant en ait remis les pièces justificatives, à moins que l'oyant n'ait fait de cette remise une condition expresse de son acceptation, ou que cette condition ne résulte implicitement des circonstances du fait (Civ. cass. 7 juill. 1812, D. A. *v° cit.*, n° 83; *contrà*, Paris, 4 févr. 1811, D. A. *v° cit.*, n° 203). L'annulation d'un arrêté de compte met le rendant en situation de rendre un nouveau compte (Orléans, 22 août 1840; D. A. v° *Compte courant*, *loc. cit.*).

[9] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 22. Bonnier, *op. cit.*, n° 1275.

[10] Elle peut être principale ou incidente, et même se présenter sous forme reconventionnelle. Un très ancien arrêt de la cour de cassation en a décidé autrement, sous prétexte que la demande en reddition de compte ne tend pas à la compensation (Req. 18 déc. 1810; D. A. v° *Compte*, n° 45), mais on a vu t. I, § **396**, que les demandes reconventionnelles ne tendent pas nécessairement à la compensation, et que toutes les prétentions qui servent de défense à l'action principale peuvent se produire sous cette forme; or c'est, évidemment, défendre à la demande principale du créancier que de conclure contre lui à la reddition d'un compte dont la balance peut le constituer débiteur.

[11] Par ajournement ou citation, si la demande est principale; par requête, si elle est incidente (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 46 et 48).

[12] Ou son représentant : il a été jugé qu'un avoué peut demander compte à son confrère des fonds qu'il lui a remis sur l'ordre de son propre client (Req. 14 févr. 1838; D. A. v° *Avoué*, n° 112). On peut encourir des dommages-intérêts pour avoir demandé un compte qui n'était pas dû (Liège, 3 févr. 1824; D. A. v° *Compte*, n° 42), par application du principe qui régit les demandes reconventionnelles en dommages-intérêts fondées sur la demande principale elle-même (Voy. t. I, § **396**). La demande est dirigée contre le comptable en personne : s'il est présumé absent, le tribunal commet un notaire pour le représenter (C. civ., art. 113); s'il est déclaré absent, le compte est rendu à sa place par les envoyés en possession de ses biens ou par son conjoint présent commun en biens (C. civ., art. 134).

[13] Ou ses créanciers (C. civ., art. 1166; t. I, § **310**). Si ce compte est dû à plusieurs personnes, la priorité se détermine entre elles conformément à l'article 967 (Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1850; voy. t. I, § **317**, note 1).

[14] De même que le débiteur peut faire des offres réelles suivies de consignation au créancier qui refuse sans motifs d'accepter le paiement (C. civ., art. 1257 et suiv.; voy. le tome VII), de même il a le droit d'imposer la reddition de compte au créancier qui s'y refuse (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 150) : prétention d'autant mieux fondée que ses biens, s'ils sont grevés d'hypothèque, le resteront jusqu'à l'apurement du compte (Req. 12 févr. 1814; D. A. *v° cit.*, n° 75), et que lui-même, s'il est héritier bénéficiaire, sera tenu, faute d'avoir rendu compte, sur ses biens personnels et *ultrà vires hereditatis* (Civ. rej. 17 avr. 1839; D. A. *v° cit.*, n° 128).

faire réhabiliter après faillite que s'il a rendu ses comptes[15]. Sur cette demande qui s'instruit, suivant les cas, dans la forme ordinaire ou sommairement[16], le tribunal a trois partis à prendre : 1° rejeter la demande, s'il estime qu'il n'y a pas lieu à compter[17]; 2° arrêter lui-même le compte, s'il en a sous la main les éléments[18]; 3° dire qu'il sera rendu compte, dans quel délai, et devant qui[19]. Ce peut être un

[15] C. comm., art. 612. Bioche ajoute que le comptable qui n'a pas rendu compte n'est pas admis non plus au bénéfice de cession de biens (*Op. et v° cit.*, n° 3). Cette décision n'a d'intérêt que dans les cas très rares où la cession de biens existe aujourd'hui, et en supposant, chose encore plus rare, qu'il y ait, dans ces mêmes cas, matière à reddition de compte (Voy., sur l'utilité que la cession de biens peut présenter aujourd'hui, le tome IV).

[16] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 53. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1849. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. II, n° 789. L'article 529 suppose que le compte est dû à plusieurs personnes : il prescrit, dans une vue d'économie, qu'elles ne nommeront qu'un seul avoué lorsqu'elles auront le même intérêt; que, faute par elles de s'entendre sur le choix, le plus ancien occupera pour elles toutes; et que, si chacune d'elles en a néanmoins constitué un, les frais occasionnés par cette constitution particulière demeureront à sa charge. Cet article, également applicable au cas où la demande en reddition de compte est formée par le comptable, et au cas où elle émane des personnes auxquelles il doit rendre compte (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 52), ne précise pas suffisamment ce qu'il faut entendre par *le même intérêt*, et ne prévoit pas le cas où ceux auxquels le compte est dû auraient des intérêts distincts, 1° *Le même intérêt* ne signifie pas nécessairement un intérêt identique; il veut dire seulement que les personnes qui ont droit au compte ont des intérêts communs sur un ou plusieurs points, et n'ont d'intérêt opposé sur aucun (Favard de Langlade, *op. cit.*, v° *Compte*, § I, n° II; Bioche, *op. et v° cit.*, n° 51; Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1852; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*). 2° Voy., sur le cas où les personnes qui agissent ou qui sont poursuivies en reddition de compte représentent des intérêts contraires, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 52; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*

[17] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 54 et 55. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* C'est ce qu'il fera notamment, si le comptable poursuivi produit immédiatement son compte et les pièces à l'appui, et justifie par-là que c'est lui qui se trouve créancier : le tribunal condamnera le défendeur, séance tenante, à payer au comptable le montant de la balance qui existe en faveur de ce dernier (Req. 3 therm. an IX, D. A. *v° cit.*, n° 115; Paris, 29 janv. 1818, D. A. *v° cit.*, n° 85). On ne peut plus dire alors que le comptable qui n'a pas rendu son compte soit présumé débiteur.

[18] Req. 6 août 1833 (D. A. v° *Expert*, n° 49). Req. 8 févr. 1837 (D. A. v° *Frais*, n° 112). Civ. rej. 19 déc. 1853 (D. P. 54. 1. 25). Req. 3 mars 1874 (D. P. 74. 1. 483). Paris, 25 févr. 1876 (D. P. 76. 2. 233). Req. 13 janv. 1880 (D. P. 80. 1. 340). Civ. rej. 23 mai 1882 (D. P. 83. 1. 409). Aj., pour le cas où le comptable fait défaut, et dans le même sens, Paris, 2 déc. 1876 (D. P. 78. 2. 12); req. 24 janv. 1877 (D. P. 78. 1. 125). En ce sens, l'observation des règles posées par les articles 531 et suivants en matière de reddition de compte (Voy. *infrà*, §§ **1221** et suiv.) n'est pas requise à peine de nullité; mais, comme ce point a souffert quelque difficulté, la commission de 1865 proposait de dire expressément que le tribunal pourrait statuer immédiatement, s'il avait entre les mains les éléments du compte demandé (Greffier, *op. cit.*, p. 86).

[19] « Tout jugement portant condamnation de rendre compte fixera le délai

notaire, si les parties y consentent[20]; dans le cas contraire, ce ne peut être qu'un juge-commissaire[21] devant qui le compte sera rendu dans les formes expliquées aux §§ **1221** et suivants[22].

« dans lequel le compte sera rendu, et commettra un juge » (Art. 530). Il doit, comme tous les jugements, être motivé (Angers, 10 janv. 1838; D. A. *v° cit.*, n° 69). L'indication du juge-commissaire et du délai dans lequel le compte sera rendu par-devant lui n'est pas requise à peine de nullité : cette omission peut être réparée par un second jugement (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 56 et 63 ; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1852 *bis;* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.;* Rodière, *op. et loc. cit.*; Rennes, 29 juin 1813, D. A. *v° cit.*, n° 61 ; req. 11 nov. 1828, D. A. *v° cit.*, n° 58 ; civ. rej. 25 mars 1835, D. A. *v° cit.*, n° 59). Deux difficultés se sont élevées sur ce jugement. 1° Peut-il accorder immédiatement une provision à la partie au profit de laquelle il est rendu, prendre des mesures comminatoires contre le comptable qui ne rendrait par ses comptes dans le délai qui lui est fixé, le condamner d'ores et déjà au paiement de la somme qui lui est demandée, et ordonner d'avance qu'à l'expiration de ce délai ses biens seront saisis et vendus jusqu'à concurrence d'une somme que le tribunal arbitrera? La raison de douter se trouve dans l'article 534, qui ne semble autoriser ces mesures qu'à l'égard du comptable qui a laissé passer le délai qui lui était imparti (Voy. *infrà*, § **1225**). Je ne vois cependant pas d'inconvénient à ce qu'on prenne contre lui les mêmes mesures au moment où on le condamne à rendre compte dans tel délai : elles ont l'avantage d'économiser les frais d'un second jugement, et, étant comminatoires, elles ne font de mal à personne (Voy., sur cette question, Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 69 et 70; Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1870; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 173; Bruxelles, 30 mai 1808, D. A. v° *Compte courant*, n° 35; Bruxelles, 24 juin 1812, D. A. v° *Compte*, n° 66 ; Poitiers, 2 mars 1832, D. A. *v° cit.*, n° 101). J'irais même plus loin : s'il était d'ores et déjà évident que le solde du compte non encore rendu doit se solder contre le comptable, j'autoriserais le tribunal à accorder à la partie à laquelle ce compte est dû une provision proportionnée à ses besoins, immédiatement exigible, et naturellement imputable sur le montant de sa créance (Voy., sur ce point, Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 67 et 68; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1868 *bis;* civ. rej. 17 août 1853, D. P. 54. 1. 382). 2° Le jugement qui ordonne de rendre compte est-il interlocutoire? Je réponds, par application du principe posé *suprà*, § **1045** : 1° qu'il est interlocutoire, s'il a été précédé d'un débat contradictoire; 2° qu'il en est autrement, si le tribunal l'a rendu d'office ou à la requête de la partie qui demandait compte, et sans que le comptable y contredit. J'ajoute que, s'il est interlocutoire, il ne lie pas le juge, lequel reste maître de décider par un second jugement que le comptable n'est point débiteur (Voy., sur cette question et en sens divers, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 59, Rodière, *op. et loc. cit.*, Bonnier, *op. cit.*, n° 1279, req. 22 févr. 1842, D. A. v° *Chose jugée*, n° 170; aj. *infrà*, § **1137**). Le jugement qui ordonne de rendre compte emporte-t-il hypothèque judiciaire? Voy., sur ce point, *infrà*, § **1123**. *Quid* des dépens en cette matière? Voy., sur ce point, *infrà*, § **1228**.

[20] Civ. rej. 23 mai 1882 (D. P. 83. 1. 409).

[21] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 64. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1853 *bis*. Req. 6 juin 1820 (D. A. v° *Compte*, n° 68). Peu importe qu'il n'ait pas siégé au jugement (Bioche, *op., v° et loc. cit.;* Metz, 24 nov. 1809, D. A. *v° cit.*, n° 53). Si la personne au nom de laquelle il est demandé compte est présumée absente, un notaire chargé de la représenter pourra être adjoint au juge-commissaire (C. civ., art. 113; Bioche, *op. et v° cit.*, n° 66).

[22] Art. 530. Voy., sur la compétence en cette matière, t. II, § **474**.

§ 1077. C. Il y a lieu à restitution de fruits[1] toutes les fois qu'une personne a joui d'une chose frugifère qui ne lui appartenait pas; le tribunal doit, aux termes de l'article 129, ordonner qu'ils seront restitués de la manière qui sera indiquée au § **1239**[2], mais cette manière de procéder n'est pas prescrite à peine de nullité[3]. D'une part, cette condamnation doit s'exécuter conformément à la loi[4], sans que le tribunal ait besoin de le dire, et par cela seul qu'elle a été prononcée. D'autre part, rien n'empêche de liquider immédiatement les fruits[5], si l'on trouve dans l'aveu du défendeur[6] ou dans les pièces du procès[7] les éléments nécessaires pour procéder à cette opération[8]; on peut même, si les parties y consentent, les renvoyer devant un notaire[9].

§ 1077. [1] Ce n'est pas le lieu d'expliquer ici quelles personnes gagnent les fruits et quelles autres les restituent, la distinction des fruits naturels et des fruits civils, celle du possesseur de bonne foi qui fait les fruits siens jusqu'à ce que la demande en restitution soit formée contre lui, et du possesseur de mauvaise foi qui doit les restituer à compter du jour même où il a commencé à les percevoir (Voy. seulement, sur les articles 549 et 550 du Code civil, Duranton, *op. cit.*, t. IV, nos 350 et suiv., Demolombe, *op. cit.*, t. IX, nos 590 et suiv., Aubry et Rau, *op. cit.*, t. II, p. 267 et suiv., Demante, *op. cit.*, t. II, nos 383 *bis*-I et suiv., Marcadé, *op. cit.*, t. II, nos 410 et suiv., Valette, *Cours de Code civil*, t. II, p. 116 et suiv., Laurent, *op. cit.*, t. VI, nos 203 et suiv., Dalloz et Vergé, *Code civil annoté*, art. 549, nos 1 et suiv.; et, sur l'effet de la demande en justice relativement aux fruits, t. II, § **666**).

[2] C'est en ce sens qu'on dit que le jugement qui condamne une partie à rendre des fruits ne les liquide pas, et renvoie seulement les parties à compter (Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. II, no 785).

[3] Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 169. Req. 5 févr. 1828 (D. A. v° *Obligations*, no 193). Req. 24 mai 1841 (D. A. v° *Compte*, no 60).

[4] Bioche, *op. et v° cit.*, no 57. Rodière, *op. et loc. cit.*

[5] Il pourra aussi prendre la moyenne entre les évaluations du demandeur et celles du défendeur (Bioche, *op. et v° cit.*, no 55).

[6] Bioche, *op. et v° cit.*, no 54. Civ. rej. 30 mars 1831 (D. A. v° *Propriété*, no 370). Civ. cass. 15 janv. 1839 (D. A. v° *Obligations*, no 1422). Civ. rej. 22 août 1865 (D. P. 65. 1. 359).

[7] Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1884. Rodière, *op. et loc. cit.* Civ. cass. 20 déc. 1819 (D. A. v° *Compte*, n° 71). Civ. cass. 6 août 1822 (D. A. v° *cit.*, no 22). Req. 1er juin 1826 (D. A. v° *Vente*, no 53). Req. 27 juin 1849 (D. P. 50. 5. 215). Req. 23 févr. 1859 (D. P. 59. 1. 386). Req. 12 déc. 1882 (D. P. 83. 1. 188). *Contrà*, Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. II, no 78.

[8] La cour de cassation a été plus loin le 16 novembre 1874 (D. P. 76. 1. 393) et le 23 mai 1882 (D. P. 83. 1. 409). Elle a jugé que le tribunal ne doit pas ordonner une reddition de compte dans les formes indiquées *infrà*, §§ **1221** et suivants, quand les documents de la cause lui permettent de liquider immédiatement la condamnation.

[9] Civ. rej. 23 mai 1882 (D. P. 83. 1. 409).

§ **1078.** D. Certains jugements ordonnent qu'une caution sera fournie. Tantôt les parties en sont convenues, puis une contestation surgit qui les force à plaider, et le tribunal prescrit d'exécuter la promesse de donner caution[1]; tantôt la loi oblige une personne à donner caution, et le tribunal l'y condamne attendu sa résistance, ou surseoit à statuer jusqu'à ce qu'elle se mette en règle sur une contestation où elle est partie[2]; tantôt, enfin, c'est le tribunal lui-même qui, de par l'autorité qui lui appartient, condamne une partie à donner caution[3], ou ne lui adjuge sa demande qu'en l'obligeant à fournir caution de restituer, le cas échéant, l'objet qui va lui être remis[4]. La caution est conventionnelle dans le premier cas[5], légale dans le second[6], judiciaire dans le troisième[7]. Les tribunaux de première instance, les tribunaux

§ **1078.** [1] Voy. notamment, sur cette hypothèse, C. civ., art. 2020.

[2] Voy. C. civ., art. 16, 120, 123, 124, 601, 626, 771, 807, 1518 et 2185-5°; C. pr. civ., art. 166, 167, 542, 832, 992 et 993; C. comm., art. 120, 151, 152, 231, 346 et 384; C. instr. crim., art. 114; L. 15 juin 1872, art. 5.

[3] En admettant que les tribunaux aient ce droit (Voy., sur ce point, Laurent, *op. cit.*, t. XXVIII, n° 182).

[4] C'est ce qui arrive, notamment, en cas d'exécution provisoire (Art. 17, 135, 155 et 439; voy., sur l'exécution provisoire, le tome VI). Aj. art. 417 (*Suprà*, § **1019**).

[5] Les jugements qui condamnent à fournir caution en exécution d'une obligation conventionnelle ne changent pas le caractère du cautionnement : il ne devient pas judiciaire (Aubry et Rau, *op. cit.*, 4e éd., t. IV, p. 678; Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. VIII, n° 273; Laurent, *op. cit.*, t. XXVIII, n° 183; Pont, *op. cit.*, t. II, n° 434; Bioche, *op. cit.*, v° *Caution*, n° 3; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. II, n° 780; *contrà*, Duranton, *op. cit.*, t. XVIII, n° 385). Cette observation n'a plus d'intérêt au point de vue de la contrainte par corps, depuis que la loi du 22 juillet 1867 (Art. 1) a abrogé l'article 2040 (al. 2) du Code civil, aux termes duquel les cautions judiciaires devaient être contraignables par corps (Voy. le tome IV); mais il est encore utile, à deux points de vue, de constater qu'une caution reste conventionnelle et ne devient pas judiciaire : 1° les cautions conventionnelles jouissent, en principe, du bénéfice de discussion qui est refusé aux cautions judiciaires (C. civ., art. 2021 et suiv., et 2042); 2° le débiteur qui a promis de fournir caution ne peut offrir à la place une autre sûreté, au lieu qu'une personne tenue de fournir une caution judiciaire, et impuissante à en trouver une, peut la remplacer par un nantissement suffisant (C. civ., art. 2041).

[6] Le cautionnement fourni en vertu de la loi ne devient pas non plus judiciaire parce qu'un jugement a ordonné de le fournir (Voy., en ce sens, les autorités citées à la note précédente); mais cela n'a d'intérêt qu'au point de vue du bénéfice de discussion, auquel les cautions légales ont droit, comme les cautions conventionnelles, à l'exclusion des cautions judiciaires (C. civ., art. 2021 et suiv., et 2043). La caution légale peut être remplacée, comme la caution judiciaire, par un nantissement suffisant (C. civ., art. 2040).

[7] Voy. art. 135, 155 et 417; L. 25 mai 1838, art. 11. Il existe encore une espèce de cautionnement administratif dans le cas de l'article 273 du Code pénal : « Les vagabonds nés en France pourront, après un jugement même passé en

jugement doit être rendu en présence de quelques-uns des juges qui l'ont rendu, de manière qu'ils puissent le contrôler et protester, au besoin, si, par impossible, le président y faisait quelque changement. Il n'est pas nécessaire que tous les juges qui ont participé au jugement assistent à son prononcé[6]; mais trois au moins d'entre eux doivent y être présents, à peine de nullité[7], puisqu'il est censé rendu à ce moment et qu'il ne peut l'être par moins de trois juges[8]. La présence, à ce moment, de juges qui n'auraient pas pris part au jugement ne serait pas une cause de nullité[9], et il en serait de même, à l'inverse, de l'absence du procureur de la République, car, même dans les causes qui lui sont communicables, sa présence n'est requise qu'à l'audience où il doit conclure[10]. Le magistrat qui préside une audience n'y peut prononcer que les jugements auxquels il a concouru; il y aurait nullité, si le magistrat qui les prononce n'était pas encore président ou ne siégeait pas le jour où ils ont été formés[11].

qui sont jugées en chambre du conseil, t. II, §§ **552** et **553**; aj., sur ce point, quant aux jugements rendus en matière de contributions indirectes, req. 17 mars 1897 (D. P. 97. 1. 445; S. 97. 1. 340).

[6] Req. 12 sept. 1811; Bruxelles, 24 janv. 1821; Grenoble, 23 août 1827; Bruxelles, 6 nov. 1827 et 26 janv. 1828; req. 18 août 1830 et 14 nov. 1832 (D. A. v° *Jugement*, n° 53). Req. 14 nov. 1843 (D. A. v° *cit.*, n° 64). Civ. rej. 31 janv. 1844 (D. A. v° *cit.*, n° 53). Civ. rej. 19 avr. 1864 (D. P. 64. 1. 178). Req. 17 févr. 1868 (D. P. 68. 1. 273). La présence des juges suppléants qui n'ont siégé aux audiences précédentes qu'avec voix consultative est — cela va de soi — encore moins nécessaire (Req. 4 juill. 1888; D. P. 89. 1. 477).

[7] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 146. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 487. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Civ. cass. 26 vend. an VIII (D. A. *v° cit.*, n° 51). Civ. cass. 13 juin 1836 (D. A. v° *Cassation*, n° 1103). Civ. cass. 27 mai 1850 (D. P. 50. 1. 162). Toutefois, la nullité a pu être évitée dans une affaire où le président, s'apercevant immédiatement de l'erreur, avait, au nom du tribunal, prévenu les parties et leurs avoués que la lecture du jugement serait réputée non avenue, et réitérée le lendemain en présence du juge dont l'assistance était indispensable : ainsi fut fait, et la cour de cassation rejeta le pourvoi formé contre l'arrêt ainsi rendu (Req. 19 nov. 1861; D. P. 62. 2. 126).

[8] Voy. t. I, § **64**.

[9] Crim. rej. 10 janv. 1855 (D. P. 55. 1. 168). Même si ces juges ne pouvaient pas prendre part au jugement, parce qu'ils n'ont pas assisté à toutes les audiences de la cause, ou parce que le tribunal se trouve, par suite de leur adjonction, composé en nombre pair (Civ. rej. 12 août 1891, D. P. 92. 1. 623, S. 92. 1. 245; voy., sur ces divers points, *suprà*, §§ **1050** et **1052**).

[10] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 150. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 26. Civ. rej. 23 juill. 1873 (D. P. 74. 1. 71).

[11] Civ. cass. 7 therm. an XI (D. A. v° *Jugement*, *loc. cit.*). Le plus ancien juge, qui lit le jugement à la place du président empêché (Voy., sur cette hypothèse, *suprà*, § **1070**, note 1), doit, comme lui et à peine de nullité, avoir assisté à toutes les audiences de la cause (Voy. l'arrêt rapporté *ib.*).

CHAPITRE II

DU CONTENU DES JUGEMENTS

SOMMAIRE. — § **1073**. Différentes parties du jugement. — § **1074**. I. Solution du litige. — § **1075**. Suite. 1° Jugements qui condamnent à des dommages-intérêts. — § **1076**. Suite. 2° Jugements qui ordonnent une reddition de compte. — § **1077**. Suite. 3° Jugement qui ordonnent une restitution de fruits. — § **1078**. Suite. 4° Jugements qui ordonnent de fournir caution. — § **1079**. Suite. 5° Obligation pour le juge du possessoire de le séparer du pétitoire. — § **1080**. Suite. Il ne doit ni statuer sur le fond du droit. — § **1081**. Suite. Ni se déterminer par des motifs tirés de la propriété. — § **1082**. Suite. Peut-il se livrer a l'examen des titres? — § **1083**. Suite. En faire dépendre le jugement de l'action possessoire? — § **1084**. Suite. Et, dans le cas de l'affirmative, procéder lui-même à cet examen? — § **1085**. Suite. 6° Office du juge en matière possessoire. — § **1086**. Suite. Premier cas : le demandeur a justifié de son droit. — § **1087**. Suite. Second cas : c'est le défendeur qui a prouvé le sien. — § **1088**. Suite. Troisième cas : les deux parties ont justifié, l'une et l'autre, d'une possession utile. — § **1089**. Suite. Solutions diverses auxquelles le juge peut s'arrêter dans ce cas : maintenue, séquestre et récréance. — § **1090**. Suite. Légitimité de ces deux dernières. — § **1091**. Suite. Quatrième cas : aucune partie n'a justifié d'une possession suffisante. — § **1092**. II. Attribution des dépens. Principe de la condamnation aux dépens de la partie qui succombe. — § **1093**. Suite. Cette condamnation suppose que la partie gagnante y a conclu, et que le tribunal l'a prononcée. — § **1094**. Suite. A quelles conditions on peut être condamné aux dépens. — § **1095**. Suite. 1° Il faut avoir été partie au procès. Exceptions à cette règle. — § **1096**. Suite. *a*) Pour les avoués et huissiers qui ont excédé les bornes de leur ministère. et pour les administrateurs qui ont compromis les intérêts de leur administration. — § **1097**. Suite. *b*) Dans certains cas, pour le mari qui n'a fait qu'autoriser sa femme. — § **1098**. Suite. 2° Il faut avoir succombé. Cas exceptionnels où la partie qui succombe n'est pas condamnée aux dépens. — § **1099**. Suite. A. Elle agissait dans un intérêt public. — § **1100**. Suite. B. Les circonstances autorisent à mettre les dépens à la charge de la partie gagnante. — § **1101**. Suite. C. Le tribunal répartit les dépens entre les deux parties. — § **1102**. Suite. *a*) Compensation des dépens. — § **1103**. Suite. α) Entre conjoints, parents et alliés. — § **1104**. Suite. β) Entre parties succombant respectivement sur quelques chefs. — § **1105**. Suite. Parallèle entre la compensation des dépens et la compensation proprement dite. — § **1106**. Suite. *b*) Procédé qui consiste à faire masse des dépens. — § **1107**. Suite. Complications possibles en matière d'attribution des dépens. — § **1108**. Suite. 1° Plusieurs parties succombent sur une seule et même demande. — § **1109**. Suite. 2° Plusieurs demandes ont été formées, et une partie est étrangère à l'une de ces demandes. — § **1110**. Suite. 3° Intervention volontaire. — § **1111**. Suite. Distraction des dépens. — § **1112**. Suite. Elle

n'est pas de droit; comment elle se demande. — § **1113**. Suite. Comment elle s'accorde. — § **1114**. III. Motifs des jugements. Obligation de les motiver. — § **1115**. Suite. Histoire et utilité de cette prescription. — § **1116**. Suite. Comment elle s'applique; des jugements suffisamment motivés, et des jugements nuls pour défaut ou insuffisance de motifs.

§ **1073**. Un jugement se compose généralement de deux parties, le dispositif et les motifs[1]; et dans le dispositif lui-même on distingue deux points, la solution du litige et l'attribution des dépens[2].

§ **1074**. I. Rien de plus divers que l'objet des jugements, car il dépend à la fois de la nature du litige et des circonstances du fait; il n'est pas une question de droit civil, de droit commercial ou de procédure qui ne puisse se poser à leur occasion, et les exemples que j'en pourrais donner ne serviraient qu'à montrer l'infinie variété des décisions judiciaires. Aussi me bornerai-je, pour ne pas sortir de la procédure : 1° à signaler, par avance, l'obligation où sont les tribunaux de statuer sur toutes les questions qui lui sont soumises, à peine de voir leurs jugements attaqués par la requête civile, comme on le verra au tome VI de ce Traité[1]; 2° à dire dès maintenant comment doivent être rendus les jugements qui condamnent à des dommages-intérêts ou à des restitutions de fruits, qui prescrivent de rendre compte, ou qui ordonnent de fournir caution; 2° comment le juge de paix doit observer la séparation du possessoire et du pétitoire; 3° quelles solutions il peut donner aux actions possessoires[2].

§ **1073**. [1] Je dis *généralement* parce qu'il y a des jugements qu'on peut se dispenser de motiver (Voy. *infrà*, § **1116**).

[2] Art. 141. Ce n'est aussi qu'une règle générale, car les jugements d'avant faire droit peuvent ne pas adjuger les dépens, et les réserver jusqu'au jugement définitif (Voy. *infrà*, § **1104**.

§ **1074**. [1] Civ cass. 19 juill. 1892 (D. P. 92. 1. 627; S. 92. 1. 533). Req. 23 oct. 1895 (D. P. 96. 1. 84). Voy., pour plus de détails sur l'omission de statuer, le tome VI auquel je viens de renvoyer, et aj. : 1° qu'une décision peut, jusqu'à un certain point, être implicite, et qu'ainsi le jugement qui condamne un débiteur à payer sa dette par fractions mensuelles jusqu'à entière libération s'applique virtuellement aux intérêts de cette dette, aussi bien qu'au capital (Alger, 6 févr. 1894; D. P. 95. 2. 531); 2° par contre, qu'un tribunal n'a pas le droit de substituer à la demande formée devant lui, et qu'il est tenu de juger, une autre demande qu'il supposerait être dans la pensée des parties, quoiqu'elles ne l'aient aucunement formulée, et à laquelle il appliquerait des principes étrangers à celle dont il est réellement saisi (Alger, 27 juill. 1896; D. P. 97. 2. 143).

[2] Quel que soit le nombre des parties en cause, le tribunal ne peut rendre

§ **1075**. A. « Tous jugements qui condamnent en des « dommages et intérêts en contiendront la liquidation, ou « ordonneront qu'ils seront donnés par état »[1]. La liquidation des dommages-intérêts consiste à en établir immédiatement le *quantum*, et à y condamner la partie qui les a encourus[2]; la fixation des dommages-intérêts par état consiste à en poser dès maintenant le principe, sauf à en régler ensuite la quotité suivant les règles posées aux §§ **1218** et suivants : l'avantage de ce procédé est d'éviter qu'on ne discute actuellement et qu'on n'établisse à grands frais le chiffre de dommages-intérêts, dont le principe n'est pas encore et ne sera peut-être pas admis. On plaide, d'abord, sur le point de savoir s'il y a lieu d'en accorder : s'ils sont refusés, tout est dit; dans le cas contraire, on les liquide conformément à la loi, mais le jugement qui y condamne en principe, et dit qu'ils seront donnés par état, entraîne dès maintenant l'hypothèque judiciaire dont il sera parlé aux §§ **1123** et suivants, et qu'il importe au créancier d'obtenir le plus tôt possible[3]. Si la liquidation des dommages-intérêts doit se prolonger, la partie qui les obtient peut demander une provision[4]. Une autre solution qui se ren-

qu'un seul jugement (toute autre manière de procéder serait frustratoire; civ. cass. 2 août 1893, D. P. 94. 1. 212; S. 94. 1. 278), et un jugement commun à plusieurs défendeurs en cause dans la même affaire peut être invoqué par le gagnant contre eux tous, même contre ceux à l'égard desquels il n'a pas conclu (Req. 31 oct. 1894; D. P. 95. 1. 123; S. 96. 1. 406), mais les divers chefs d'un jugement sont à considérer comme distincts, au point de vue de la régie de l'enregistrement qui peut percevoir sur lui autant de droits qu'il contient de chefs (Déc. min. fin. 14 sept. 1880, D. A. v° *Jugement*, supp., n° 16; comp. trib. comm. de Laval, 25 janv. 1882, D. P. 83. 3. 31).

§ **1075**. [1] Art. 128.

[2] Le tribunal est libre de choisir entre les deux procédés : du moment qu'il trouve dans le dossier les éléments de la fixation des dommages-intérêts, il a le droit de les évaluer sans recourir à la procédure indiquée pour les liquider (Req. 2 avr. 1849, D. P. 49. 1. 104; req. 30 mai 1859, D. P. 59. 1. 269).

[3] Tissier, *De l'effet des jugements qui portent condamnation à des dommages-intérêts à fixer par état* (Dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, nouv. sér., t. XVII, 1888, p. 537 et suiv.). Il n'est pas indispensable, pour qu'il y ait lieu de liquider des dommages-intérêts, que le jugement y condamne expressément : il suffit qu'il résulte des termes de ce jugement qu'un préjudice a été causé, et qu'il en est dû réparation (Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 544 *bis*; civ. rej. 1839, D. A. v° *Prescription civile*, n° 272). L'article 128 s'applique en matière de délits et de quasi-délits, aussi bien qu'aux dommages-intérêts dus en vertu d'une obligation contractuelle ou quasi-contractuelle (Crim. rej. 7 juill. 1855; D. P. 55. 1. 376).

[4] Bioche, *op. cit.*, v° *Dommages-intérêts*, n° 140.

contre dans la pratique, et que l'article 128 ne proscrit pas, consiste à fixer d'ores et déjà le montant des dommages-intérêts, et d'y condamner « si mieux n'aiment les parties « les faire déterminer à dire d'experts », ou si mieux n'ai- « ment les parties qu'il soit procédé par état, ce qu'elles « déclareront dans le délai de..... »[5]. On verra au § **1217** en quoi cette dernière formule est préférable[6].

§ **1076**. B. Quiconque est chargé ou se charge volontairement d'administrer tout ou partie du bien d'autrui doit rendre un compte détaillé de sa recette et de sa dépense[1]. Tels sont, à moins qu'ils n'aient prescrit[2], transigé[3] ou obtenu dispense de rendre compte[4], les mandataires, tuteurs,

[5] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 178. Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1842. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*

[6] L'indication d'un délai est usuelle et prévient des lenteurs fâcheuses, mais elle n'est pas indispensable. Le délai passé, la partie qui n'a pas réclamé est censée avoir accepté la fixation faite par le jugement.

§ **1076**. [1] On dit souvent que « tout comptable est présumé débiteur jusqu'à « ce qu'il ait rendu compte » (Voy. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1844 *ter*). Jusqu'à quel point cette proposition est-elle exacte? Voy. *infrà*, note 17. Dans tous les cas, c'est au comptable à établir la consistance des biens dont il doit rendre compte (Req. 9 janv. 1878; D. P. 78. 1. 85).

[2] L'obligation de rendre compte se prescrit généralement par trente ans (C. civ., art. 2262; voy., sur l'application de cet article dans l'espèce, Rennes, 6 janv. 1821, D. A. v° *Compte*, n° 38, req. 6 févr. 1843, D. A. *v° cit.*, n° 35). Par exception et en faveur du tuteur, les actions du pupille à raison des faits de la tutelle et, par conséquent, l'action en reddition de compte se prescrivent par dix ans (C. civ., art. 475; voy., sur cet article, Duranton, *op. cit.*, t. III, n°s 644 et suiv., Demolombe, *op. cit.*, t. VIII, n°s 148 et suiv., Aubry et Rau, *op. cit.*, 5e éd., t. I, p. 496 et suiv.; Demante, *op. cit.*, t. II, n° 239 *bis*-I et suiv.; Valette, *Cours de Code civil*, t. I, p. 582, et *Explication du livre Ier du Code civil*, p. 298 et suiv.). Si le pupille était mort laissant des héritiers mineurs, la prescription de dix ans serait suspendue à leur profit (C. civ., art. 2252). Cette prescription s'applique-t-elle aussi à l'action en redressement de compte? Voy. *infrà*, § **1233**.

[3] Les parties capables peuvent transiger sur tous les intérêts qui ne tiennent pas à l'ordre public (C. civ., art. 2045). Par exception, l'article 472 du Code civil annule, entre le tuteur et le pupille devenu majeur, tout traité qui affranchirait le premier, en tout ou en partie, de l'obligation de rendre des comptes au second : aucun traité relatif aux frais de la tutelle n'est valable, s'il n'a été précédé de la reddition d'un compte détaillé avec remise des pièces justificatives à l'appui, et s'il ne s'est écoulé dix jours au moins entre la date du récépissé de ce compte et le traité (Voy., sur cet article, Duranton, *op. cit.*, t. III, n°s 636 et suiv.; Demolombe, *op. cit.*, t. VIII, n°s 58 et suiv.; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, p. 491 et suiv.; Demante, *op. cit.*, t. II, n° 236 *bis*; Valette, *Cours de Code civil*, t. I, p. 258 et suiv., et *Explication du livre Ier du Code civil*, p. 288 et suiv.; Dalloz et Vergé, *Code civil annoté*, art. 472, n°s 1 et suiv.). On ne pourrait pas transiger non plus sur les comptes relatifs à une succession non encore ouverte (C. civ., art. 791, 1130 et 1600).

[4] Un comptable peut-il être dispensé de rendre compte? C'est une question

associés, copartageants, héritiers bénéficiaires, exécuteurs testamentaires, dépositaires, séquestres, créanciers-gagistes

de droit civil qu'il est impossible de traiter ici à fond, et sur laquelle je me bornerai aux observations suivantes. Laurent considère l'obligation de rendre compte comme un élément essentiel du mandat, et en conclut que le mandataire ne saurait être dispensé de rendre compte (*Op. cit.*, t. XXVII, n° 496); si cette thèse était fondée, il en résulterait qu'aucun comptable ne peut être dispensé de rendre compte, car un administrateur comptable est toujours plus ou moins mandataire. Je crois, au contraire : 1° qu'il faut poser en principe que l'obligation de rendre compte n'est pas de l'essence du mandat, puisqu'il y avait en droit romain des *procuratores in rem suam* ou mandataires dispensés de rendre compte (Dig., LL. 25 et 55, *De procur.*, III, III; 4, § 5, *De appell.*, XLIX, I; Accarias, *op. cit.*, t. II, n°s 640 et suiv.); 2° qu'il faut distinguer, pour l'application de ce principe, suivant que l'obligation de rendre compte vient d'un contrat, comme le mandat proprement dit, d'un testament comme l'exécution testamentaire, d'un quasi-contrat comme la gestion d'affaires, ou d'une disposition de la loi comme l'article 471 du Code civil sur les comptes de tutelle. 1) Les conventions passées entre personnes capables sur des objets qui ne touchent pas à l'ordre public tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (C. civ., art. 1134); or l'obligation de rendre compte imposée aux personnes chargées par contrat de faire les affaires d'autrui n'est pas d'ordre public : le mandant capable peut donc en dispenser le mandataire, soit à l'époque où celui-ci, ayant fini d'administrer, doit rendre compte, soit même d'avance et au moment même où le mandat lui est confié (Troplong, *Du mandat* (Paris, 1846), n° 415; Pont, *Des petits contrats*, t. I, n° 1003; civ. rej. 12 janv. 1830, D. A. v° *Mandat*, n° 248; civ. rej. 24 août 1831, D. A. v° *Compte*, n° 40; civ. rej. 11 juin 1839, D. A. v° *Mandat*, n° 238; Nancy, 5 août 1871, D. P. 72. 2. 77; Douai, 17 août 1871, D. P. 72. 2. 74). 2) Il en est à peu près de même pour les exécuteurs testamentaires : non-seulement les héritiers *ab intestat* et les légataires, envers qui ils sont comptables, peuvent les dispenser de rendre compte, mais il était généralement reçu dans l'ancien droit que le testateur pouvait les en exempter en les instituant (Voy. Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 229; Furgole, *Des testaments* (Paris, 1779), ch. X, sect. IV, n° 37). Cette solution doit encore être admise, pourvu que l'exécuteur testamentaire ne soit pas incapable de recevoir cette libéralité indirecte, et que le testateur n'ait pas laissé des héritiers à réserve aux droits desquels il lui était défendu de porter atteinte (Voy., sur cette question, Toullier, *op. cit.*, t. V, n° 604; Duranton, *op. cit.*, t. IX, n° 406; Demolombe, *op. cit.*, t. XXII, n° 118; Aubry et Rau, *op. cit.*, 4e éd., t. VII, p. 457; Douai, 23 juin 1846, D. P. 46. 2. 155). 3) Ceux qui sont comptables envers un tiers, sans avoir contracté avec lui, ne peuvent être dispensés de lui rendre compte qu'à l'époque où, leur administration ayant pris fin, ils pourraient être tenus de le faire; mais on ne voit pas ce qui empêcherait, à ce moment, la partie capable envers laquelle ils sont comptables de renoncer au compte qu'elle aurait le droit d'exiger : pourquoi l'absent, dont un tiers, envoyé ou non en possession par justice, a géré les biens, ne pourrait-il pas dispenser le gérant de lui rendre des comptes? 4) J'en dirai autant, du moins en principe, des personnes qui sont tenues de rendre compte en vertu d'une disposition légale, comme l'héritier bénéficiaire, le curateur à succession vacante, ou le curateur à l'immeuble délaissé par hypothèque ; je ferai seulement exception pour le tuteur, que son ex-pupille ne peut dispenser de rendre compte — la preuve en est dans les dispositions de l'article 472 du Code civil rappelées à la note précédente — et que le donateur ou testateur ne peut pas affranchir non plus de l'obligation de rendre compte des biens donnés ou légués à son pupille (Demolombe, *op. cit.*, t. VIII, n° 39; Aubry et Rau, *op. cit.*, 5e éd., t. I, p. 490). Je n'assimilerais pas complètement le père administrateur légal au tuteur : l'article 472 ne s'applique pas à l'administration légale, et, par conséquent, l'enfant arrivé à sa majorité peut dispenser son père de lui rendre

et antichrésistes, envoyés en possession provisoire de biens d'absent[5], curateurs aux successions vacantes et aux immeubles délaissés par hypothèque, gérants d'affaires, possesseurs de bonne ou de mauvaise foi, comptables de deniers publics; tels sont aussi le père administrateur légal, et l'époux survivant commun en biens qui n'a pas fait inventaire[6]: tels sont, enfin, les conseils judiciaires et curateurs aux mineurs émancipés qui se sont immiscés dans l'administration qui ne leur était pas confiée, ou qu'ils avaient pour unique mission de surveiller[7]. Si la personne qui a droit au compte et celle qui le doit sont capables, elles peuvent, d'un commun accord, choisir un arbitre ou arrêter le compte à l'amiable[8]; s'il y a parmi elles un incapable ou si elles ne peu-

compte (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, p. 509), mais je ne crois pas que le donateur ou testateur ait le même droit en ce qui concerne les biens donnés ou légués à l'enfant, et je ne vois pas, sous ce rapport, de différence à faire entre le tuteur et le père administrateur légal. D'ailleurs, la prescription, la transaction et la dispense valablement accordée sont les seules causes qui puissent exempter un comptable de l'obligation de rendre son compte : peu importe qu'il l'ait déjà présenté dans une instance antérieure, si elle n'a pas abouti et que ce compte n'ait pas été apuré (Rennes, 6 janv. 1831, D. A. *v° cit.*, n° 38; Bordeaux, 25 janv. 1834, D. A. *v° cit.*, n° 36). 5) Produire son compte, c'est s'avouer comptable et se rendre, par conséquent, non recevable à prétendre qu'on l'a déjà rendu (Civ. cass. 21 juill. 1817; D. A. v° *Jugement*, n° 18).

[5] Les envoyés en possession définitive n'ont pas de compte à rendre, puisqu'ils restituent les biens dans l'état où ils se trouvent (C. civ., art. 132).

[6] Voy. C. civ., art. 125, 389, 469, 497, 549, 803, 813, 828, 1031, 1372, 1447, 1476, 1872, 1937, 1956, 1962, 1993, 2079, 2081, 2085 et 2174. Aj. C. pr. civ., art. 596; Paris, 17 févr. 1821 (D. A. v° *Compte*, n° 277); Bordeaux, 24 mars 1887 (D. P. 88. 2. 144); Paris, 24 janv. 1888 (D. P. 89. 2. 141).

[7] Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 172. Req. 6 févr. 1843 (D. A. v° *Compte*, n° 35). Le subrogé-tuteur ne peut concourir aux actes de gestion du tuteur que dans les cas déterminés par les articles 450, 451, 453 et 470 du Code civil (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, p. 477; voy., sur son rôle en matière d'appel, le tome VI). L'individu pourvu d'un conseil judiciaire conserve l'administration de ses biens, et son conseil n'a d'autre fonction que celle de l'assister dans les actes déterminés par les articles 499 et 513 (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, p. 567).

[8] Les arrêtés de compte ne sont soumis à aucune forme particulière. Ils ne sont pas rédigés en double comme les actes portant convention synallagmatique (Req. 12 mars 1811, D. A. *v° cit.*, n° 204; Aix, 12 juill. 1812, D. A. v° *Obligations*, n° 4009; Orléans, 22 août 1840, D. A. v° *Compte courant*, n° 93; *contrà*, Paris, 4 févr. 1811, D. A. v° *Compte*, n° 203; voy., sur la formalité des doubles, t. II, § **715**). Ils ne sont pas soumis à la formalité du *bon pour* ou *approuvé* (Grenoble, 26 janv. 1826; D. A. *v° cit.*, n° 158; voy., sur cette formalité, t. II, § **716**). Il n'est pas besoin de coter et de parapher chacune des pages dont ils se composent (Req. 3 sept. 1811; D. A. *v° cit.*, n° 210). Il suffit qu'ils énoncent la somme à laquelle s'élève le reliquat reconnu par les deux parties (Req. 20 avr. 1857; D. P. 57. 1. 356). On peut même tenir pour arrêté un compte qui porte comme mention finale que le montant en a été payé, sans ajouter que c'est pour solde (Nancy, 2 mai 1826; D. A. *v° cit.*, n° 151) : bien plus, on peut établir

vent s'entendre, il faut recourir à justice[9]. C'est le cas de l'instance en reddition de compte[10] qu'introduit en la forme ordinaire[11] la partie la plus diligente[12] : c'est généralement la partie qui a droit au compte et qui est pressée de l'obtenir[13]; ce peut être aussi le comptable qui a toujours le droit de se libérer[14], surtout s'il est commerçant, car il ne peut se

à l'aide d'un commencement de preuve par écrit la reddition d'un compte dont l'instrument n'est pas produit (Req. 1er mars 1815, D. A. v° *Société*, n° 785; req. 18 juill. 1827, D. A. v° *Compte*, n° 205; voy., sur le commencement de preuve par écrit, *suprà*, § **824**). Enfin, l'article 472 du Code civil (Voy. *suprà*, note 3) ne s'applique qu'aux comptes de tutelle : tous les autres comptes sont acceptés valablement sans que le rendant en ait remis les pièces justificatives, à moins que l'oyant n'ait fait de cette remise une condition expresse de son acceptation, ou que cette condition ne résulte implicitement des circonstances du fait (Civ. cass. 7 juill. 1812, D. A. *v° cit.*, n° 83; *contrà*, Paris, 4 févr. 1811, D. A. *v° cit.*, n° 203). L'annulation d'un arrêté de compte met le rendant en situation de rendre un nouveau compte (Orléans, 22 août 1840; D. A. v° *Compte courant, loc. cit.*).

[9] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 22. Bonnier, *op. cit.*, n° 1275.

[10] Elle peut être principale ou incidente, et même se présenter sous forme reconventionnelle. Un très ancien arrêt de la cour de cassation en a décidé autrement, sous prétexte que la demande en reddition de compte ne tend pas à la compensation (Req. 18 déc. 1810; D. A. v° *Compte*, n° 45), mais on a vu t. I, § **396**, que les demandes reconventionnelles ne tendent pas nécessairement à la compensation, et que toutes les prétentions qui servent de défense à l'action principale peuvent se produire sous cette forme; or c'est, évidemment, défendre à la demande principale du créancier que de conclure contre lui à la reddition d'un compte dont la balance peut le constituer débiteur.

[11] Par ajournement ou citation, si la demande est principale; par requête, si elle est incidente (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 46 et 48).

[12] Ou son représentant : il a été jugé qu'un avoué peut demander compte à son confrère des fonds qu'il lui a remis sur l'ordre de son propre client (Req. 14 févr. 1838; D. A. v° *Avoué*, n° 112). On peut encourir des dommages-intérêts pour avoir demandé un compte qui n'était pas dû (Liège, 3 févr. 1824; D. A. v° *Compte*, n° 42), par application du principe qui régit les demandes reconventionnelles en dommages-intérêts fondées sur la demande principale elle-même (Voy. t. I, § **396**). La demande est dirigée contre le comptable en personne : s'il est présumé absent, le tribunal commet un notaire pour le représenter (C. civ., art. 113); s'il est déclaré absent, le compte est rendu à sa place par les envoyés en possession de ses biens ou par son conjoint présent commun en biens (C. civ., art. 134).

[13] Ou ses créanciers (C. civ., art. 1166; t. I, § **310**). Si ce compte est dû à plusieurs personnes, la priorité se détermine entre elles conformément à l'article 967 (Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1850; voy. t. I, § **317**, note 1).

[14] De même que le débiteur peut faire des offres réelles suivies de consignation au créancier qui refuse sans motifs d'accepter le paiement (C. civ., art. 1257 et suiv.; voy. le tome VII), de même il a le droit d'imposer la reddition de compte au créancier qui s'y refuse (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 150) : prétention d'autant mieux fondée que ses biens, s'ils sont grevés d'hypothèque, le resteront jusqu'à l'apurement du compte (Req. 12 févr. 1814; D. A. *v° cit.*, n° 75), et que lui-même, s'il est héritier bénéficiaire, sera tenu, faute d'avoir rendu compte, sur ses biens personnels et *ultra vires hereditatis* (Civ. rej. 17 avr. 1839; D. A. *v° cit.*, n° 128).

faire réhabiliter après faillite que s'il a rendu ses comptes[15]. Sur cette demande qui s'instruit, suivant les cas, dans la forme ordinaire ou sommairement[16], le tribunal a trois partis à prendre : 1° rejeter la demande, s'il estime qu'il n'y a pas lieu à compter[17]; 2° arrêter lui-même le compte, s'il en a sous la main les éléments[18]; 3° dire qu'il sera rendu compte, dans quel délai, et devant qui[19]. Ce peut être un

[15] C. comm., art. 612. Bioche ajoute que le comptable qui n'a pas rendu compte n'est pas admis non plus au bénéfice de cession de biens (*Op. et v° cit.*, n° 3). Cette décision n'a d'intérêt que dans les cas très rares où la cession de biens existe aujourd'hui, et en supposant, chose encore plus rare, qu'il y ait, dans ces mêmes cas, matière à reddition de compte (Voy., sur l'utilité que la cession de biens peut présenter aujourd'hui, le tome IV).

[16] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 53. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1849. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. II, n° 789. L'article 529 suppose que le compte est dû à plusieurs personnes : il prescrit, dans une vue d'économie, qu'elles ne nommeront qu'un seul avoué lorsqu'elles auront le même intérêt; que, faute par elles de s'entendre sur le choix, le plus ancien occupera pour elles toutes; et que, si chacune d'elles en a néanmoins constitué un, les frais occasionnés par cette constitution particulière demeureront à sa charge. Cet article, également applicable au cas où la demande en reddition de compte est formée par le comptable, et au cas où elle émane des personnes auxquelles il doit rendre compte (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 52), ne précise pas suffisamment ce qu'il faut entendre par *le même intérêt*, et ne prévoit pas le cas où ceux auxquels le compte est dû auraient des intérêts distincts, 1° *Le même intérêt* ne signifie pas nécessairement un intérêt identique; il veut dire seulement que les personnes qui ont droit au compte ont des intérêts communs sur un ou plusieurs points, et n'ont d'intérêt opposé sur aucun (Favard de Langlade, *op. cit.*, v° *Compte*, § I, n° II; Bioche, *op. et v° cit.*, n° 51; Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1852; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*). 2° Voy., sur le cas où les personnes qui agissent ou qui sont poursuivies en reddition de compte représentent des intérêts contraires, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 52; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*

[17] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 54 et 55. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* C'est ce qu'il fera notamment, si le comptable poursuivi produit immédiatement son compte et les pièces à l'appui, et justifie par-là que c'est lui qui se trouve créancier : le tribunal condamnera le défendeur, séance tenante, à payer au comptable le montant de la balance qui existe en faveur de ce dernier (Req. 3 therm. an IX, D. A. *v° cit.*, n° 115; Paris, 29 janv. 1818, D. A. *v° cit.*, n° 85). On ne peut plus dire alors que le comptable qui n'a pas rendu son compte soit présumé débiteur.

[18] Req. 6 août 1833 (D. A. v° *Expert*, n° 49). Req. 8 févr. 1837 (D. A. v° *Frais*, n° 112). Civ. rej. 19 déc. 1853 (D. P. 54. 1. 25). Req. 3 mars 1874 (D. P. 74. 1. 483). Paris, 25 févr. 1876 (D. P. 76. 2. 233). Req. 13 janv. 1880 (D. P. 80. 1. 340). Civ. rej. 23 mai 1882 (D. P. 83. 1. 409). Aj., pour le cas où le comptable fait défaut, et dans le même sens, Paris, 2 déc. 1876 (D. P. 78. 2. 12); req. 24 janv. 1877 (D. P. 78. 1. 125). En ce sens, l'observation des règles posées par les articles 531 et suivants en matière de reddition de compte (Voy. *infrà*, §§ **1221** et suiv.) n'est pas requise à peine de nullité; mais, comme ce point a souffert quelque difficulté, la commission de 1865 proposait de dire expressément que le tribunal pourrait statuer immédiatement, s'il avait entre les mains les éléments du compte demandé (Greffier, *op. cit.*, p. 86).

[19] « Tout jugement portant condamnation de rendre compte fixera le délai

notaire, si les parties y consentent[20]; dans le cas contraire, ce ne peut être qu'un juge-commissaire[21] devant qui le compte sera rendu dans les formes expliquées aux §§ **1221** et suivants[22].

« dans lequel le compte sera rendu, et commettra un juge » (Art. 530). Il doit, comme tous les jugements, être motivé (Angers, 10 janv. 1838; D. A. *v° cit.*, n° 69). L'indication du juge-commissaire et du délai dans lequel le compte sera rendu par-devant lui n'est pas requise à peine de nullité : cette omission peut être réparée par un second jugement (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 56 et 63 ; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1852 *bis;* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.;* Rodière, *op. et loc. cit.*; Rennes, 29 juin 1813, D. A. *v° cit.*, n° 61 ; req. 11 nov. 1828, D. A. *v° cit.*, n° 58 ; civ. rej. 25 mars 1835, D. A. *v° cit.*, n° 59). Deux difficultés se sont élevées sur ce jugement. 1° Peut-il accorder immédiatement une provision à la partie au profit de laquelle il est rendu, prendre des mesures comminatoires contre le comptable qui ne rendrait par ses comptes dans le délai qui lui est fixé, le condamner d'ores et déjà au paiement de la somme qui lui est demandée, et ordonner d'avance qu'à l'expiration de ce délai ses biens seront saisis et vendus jusqu'à concurrence d'une somme que le tribunal arbitrera? La raison de douter se trouve dans l'article 534, qui ne semble autoriser ces mesures qu'à l'égard du comptable qui a laissé passer le délai qui lui était imparti (Voy. *infrà*, § **1225**). Je ne vois cependant pas d'inconvénient à ce qu'on prenne contre lui les mêmes mesures au moment où on le condamne à rendre compte dans tel délai : elles ont l'avantage d'économiser les frais d'un second jugement, et, étant comminatoires, elles ne font de mal à personne (Voy., sur cette question, Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 69 et 70; Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1870; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 173; Bruxelles, 30 mai 1808, D. A. v° *Compte courant*, n° 35; Bruxelles, 24 juin 1812, D. A. v° *Compte*, n° 66; Poitiers, 2 mars 1832, D. A. *v° cit.*, n° 101). J'irais même plus loin : s'il était d'ores et déjà évident que le solde du compte non encore rendu doit se solder contre le comptable, j'autoriserais le tribunal à accorder à la partie à laquelle ce compte est dû une provision proportionnée à ses besoins, immédiatement exigible, et naturellement imputable sur le montant de sa créance (Voy., sur ce point, Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 67 et 68; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1868 *bis;* civ. rej. 17 août 1853, D. P. 54. 1. 382). 2° Le jugement qui ordonne de rendre compte est-il interlocutoire? Je réponds, par application du principe posé *suprà*, § **1045** : 1° qu'il est interlocutoire, s'il a été précédé d'un débat contradictoire; 2° qu'il en est autrement, si le tribunal l'a rendu d'office ou à la requête de la partie qui demandait compte, et sans que le comptable y contredît. J'ajoute que, s'il est interlocutoire, il ne lie pas le juge, lequel reste maître de décider par un second jugement que le comptable n'est point débiteur (Voy., sur cette question et en sens divers, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 59. Rodière, *op. et loc. cit.*, Bonnier, *op. cit.*, n° 1279, req. 22 févr. 1842, D. A. v° *Chose jugée*, n° 170; aj. *infrà*, § **1137**). Le jugement qui ordonne de rendre compte emporte-t-il hypothèque judiciaire? Voy., sur ce point, *infrà*, § **1123**. *Quid* des dépens en cette matière? Voy., sur ce point, *infrà*, § **1228**.

[20] Civ. rej. 23 mai 1882 (D. P. 83. 1. 409).

[21] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 64. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1853 *bis*. Req. 6 juin 1820 (D. A. v° *Compte*, n° 68). Peu importe qu'il n'ait pas siégé au jugement (Bioche, *op., v° et loc. cit.;* Metz, 24 nov. 1809, D. A. *v° cit.*, n° 53). Si la personne au nom de laquelle il est demandé compte est présumée absente, un notaire chargé de la représenter pourra être adjoint au juge-commissaire (C. civ., art. 113; Bioche, *op. et v° cit.*, n° 66).

[22] Art. 530. Voy., sur la compétence en cette matière, t. II, § **474**.

§ 1077. C. Il y a lieu à restitution de fruits[1] toutes les fois qu'une personne a joui d'une chose frugifère qui ne lui appartenait pas; le tribunal doit, aux termes de l'article **129**, ordonner qu'ils seront restitués de la manière qui sera indiquée au § **1239**[2], mais cette manière de procéder n'est pas prescrite à peine de nullité[3]. D'une part, cette condamnation doit s'exécuter conformément à la loi[4], sans que le tribunal ait besoin de le dire, et par cela seul qu'elle a été prononcée. D'autre part, rien n'empêche de liquider immédiatement les fruits[5], si l'on trouve dans l'aveu du défendeur[6] ou dans les pièces du procès[7] les éléments nécessaires pour procéder à cette opération[8]; on peut même, si les parties y consentent, les renvoyer devant un notaire[9].

§ 1077. [1] Ce n'est pas le lieu d'expliquer ici quelles personnes gagnent les fruits et quelles autres les restituent, la distinction des fruits naturels et des fruits civils, celle du possesseur de bonne foi qui fait les fruits siens jusqu'à ce que la demande en restitution soit formée contre lui, et du possesseur de mauvaise foi qui doit les restituer à compter du jour même où il a commencé à les percevoir (Voy. seulement, sur les articles 549 et 550 du Code civil, Duranton, *op. cit.*, t. IV, nos 350 et suiv., Demolombe, *op. cit.*, t. IX, nos 590 et suiv., Aubry et Rau, *op. cit.*, t. II, p. 267 et suiv., Demante, *op. cit.*, t. II, nos 383 *bis*-I et suiv., Marcadé, *op. cit.*, t. II, nos 410 et suiv., Valette, *Cours de Code civil*, t. II, p. 116 et suiv., Laurent, *op. cit.*, t. VI, nos 203 et suiv., Dalloz et Vergé, *Code civil annoté*, art. 549, nos 1 et suiv.; et, sur l'effet de la demande en justice relativement aux fruits, t. II, § **666**).

[2] C'est en ce sens qu'on dit que le jugement qui condamne une partie à rendre des fruits ne les liquide pas, et renvoie seulement les parties à compter (Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. II, no 785).

[3] Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 169. Req. 5 févr. 1828 (D. A. v° *Obligations*, no 193). Req. 24 mai 1841 (D. A. v° *Compte*, no 60).

[4] Bioche, *op. et v° cit.*, no 57. Rodière, *op. et loc. cit.*

[5] Il pourra aussi prendre la moyenne entre les évaluations du demandeur et celles du défendeur (Bioche, *op. et v° cit.*, no 55).

[6] Bioche, *op. et v° cit.*, no 54. Civ. rej. 30 mars 1831 (D. A. v° *Propriété*, no 370). Civ. cass. 15 janv. 1839 (D. A. v° *Obligations*, no 1422). Civ. rej. 22 août 1865 (D. P. 65. 1. 359).

[7] Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1884. Rodière, *op. et loc. cit.* Civ. cass. 20 déc. 1819 (D. A. v° *Compte*, n° 71). Civ. cass. 6 août 1822 (D. A. v° *cit.*, no 22). Req. 1er juin 1826 (D. A. v° *Vente*, no 53). Req. 27 juin 1849 (D. P. 50. 5. 215). Req. 23 févr. 1859 (D. P. 59. 1. 386). Req. 12 déc. 1882 (D. P. 83. 1. 188). *Contrà*, Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. II, no 78.

[8] La cour de cassation a été plus loin le 16 novembre 1874 (D. P. 76. 1. 393) et le 23 mai 1882 (D. P. 83. 1. 409). Elle a jugé que le tribunal ne doit pas ordonner une reddition de compte dans les formes indiquées *infrà*, §§ **1221** et suivants, quand les documents de la cause lui permettent de liquider immédiatement la condamnation.

[9] Civ. rej. 23 mai 1882 (D. P. 83. 1. 409).

§ **1078.** D. Certains jugements ordonnent qu'une caution sera fournie. Tantôt les parties en sont convenues, puis une contestation surgit qui les force à plaider, et le tribunal prescrit d'exécuter la promesse de donner caution[1]; tantôt la loi oblige une personne à donner caution, et le tribunal l'y condamne attendu sa résistance, ou surseoit à statuer jusqu'à ce qu'elle se mette en règle sur une contestation où elle est partie[2]; tantôt, enfin, c'est le tribunal lui-même qui, de par l'autorité qui lui appartient, condamne une partie à donner caution[3], ou ne lui adjuge sa demande qu'en l'obligeant à fournir caution de restituer, le cas échéant, l'objet qui va lui être remis[4]. La caution est conventionnelle dans le premier cas[5], légale dans le second[6], judiciaire dans le troisième[7]. Les tribunaux de première instance, les tribunaux

§ **1078.** [1] Voy. notamment, sur cette hypothèse, C. civ., art. 2020.

[2] Voy. C. civ., art. 16, 120, 123, 124, 601, 626, 771, 807, 1518 et 2185-5°; C. pr. civ., art. 166, 167, 542, 832, 992 et 993; C. comm., art. 120, 151, 152, 231, 346 et 384; C. instr. crim., art. 114; L. 15 juin 1872, art. 5.

[3] En admettant que les tribunaux aient ce droit (Voy., sur ce point, Laurent, *op. cit.*, t. XXVIII, n° 182).

[4] C'est ce qui arrive, notamment, en cas d'exécution provisoire (Art. 17, 135, 155 et 439; voy., sur l'exécution provisoire, le tome VI). Aj. art. 417 (*Suprà*, § **1019**).

[5] Les jugements qui condamnent à fournir caution en exécution d'une obligation conventionnelle ne changent pas le caractère du cautionnement : il ne devient pas judiciaire (Aubry et Rau, *op. cit.*, 4e éd., t. IV, p. 678; Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. VIII, n° 273; Laurent, *op. cit.*, t. XXVIII, n° 183; Pont, *op. cit.*, t. II, n° 434; Bioche, *op. cit.*, v° *Caution*, n° 3; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. II, n° 780; *contrà*, Duranton, *op. cit.*, t. XVIII, n° 385). Cette observation n'a plus d'intérêt au point de vue de la contrainte par corps, depuis que la loi du 22 juillet 1867 (Art. 1) a abrogé l'article 2040 (al. 2) du Code civil, aux termes duquel les cautions judiciaires devaient être contraignables par corps (Voy. le tome IV); mais il est encore utile, à deux points de vue, de constater qu'une caution reste conventionnelle et ne devient pas judiciaire : 1° les cautions conventionnelles jouissent, en principe, du bénéfice de discussion qui est refusé aux cautions judiciaires (C. civ., art. 2021 et suiv., et 2042); 2° le débiteur qui a promis de fournir caution ne peut offrir à la place une autre sûreté, au lieu qu'une personne tenue de fournir une caution judiciaire, et impuissante à en trouver une, peut la remplacer par un nantissement suffisant (C. civ., art. 2041).

[6] Le cautionnement fourni en vertu de la loi ne devient pas non plus judiciaire parce qu'un jugement a ordonné de le fournir (Voy., en ce sens, les autorités citées à la note précédente); mais cela n'a d'intérêt qu'au point de vue du bénéfice de discussion, auquel les cautions légales ont droit, comme les cautions conventionnelles, à l'exclusion des cautions judiciaires (C. civ., art. 2021 et suiv., et 2043). La caution légale peut être remplacée, comme la caution judiciaire, par un nantissement suffisant (C. civ., art. 2040).

[7] Voy. art. 135, 155 et 417; L. 25 mai 1838, art. 11. Il existe encore une espèce de cautionnement administratif dans le cas de l'article 273 du Code pénal : « Les vagabonds nés en France pourront, après un jugement même passé en

n'est pas de droit; comment elle se demande. — § **1113**. Suite. Comment elle s'accorde. — § **1114**. III. Motifs des jugements. Obligation de les motiver. — § **1115**. Suite. Histoire et utilité de cette prescription. — § **1116**. Suite. Comment elle s'applique; des jugements suffisamment motivés, et des jugements nuls pour défaut ou insuffisance de motifs.

§ **1073**. Un jugement se compose généralement de deux parties, le dispositif et les motifs[1]; et dans le dispositif lui-même on distingue deux points, la solution du litige et l'attribution des dépens[2].

§ **1074**. I. Rien de plus divers que l'objet des jugements, car il dépend à la fois de la nature du litige et des circonstances du fait; il n'est pas une question de droit civil, de droit commercial ou de procédure qui ne puisse se poser à leur occasion, et les exemples que j'en pourrais donner ne serviraient qu'à montrer l'infinie variété des décisions judiciaires. Aussi me bornerai-je, pour ne pas sortir de la procédure : 1° à signaler, par avance, l'obligation où sont les tribunaux de statuer sur toutes les questions qui lui sont soumises, à peine de voir leurs jugements attaqués par la requête civile, comme on le verra au tome VI de ce Traité[1]; 2° à dire dès maintenant comment doivent être rendus les jugements qui condamnent à des dommages-intérêts ou à des restitutions de fruits, qui prescrivent de rendre compte, ou qui ordonnent de fournir caution; 2° comment le juge de paix doit observer la séparation du possessoire et du pétitoire; 3° quelles solutions il peut donner aux actions possessoires[2].

§ **1073**. [1] Je dis *généralement* parce qu'il y a des jugements qu'on peut se dispenser de motiver (Voy. *infrà*, § **1116**).

[2] Art. 141. Ce n'est aussi qu'une règle générale, car les jugements d'avant faire droit peuvent ne pas adjuger les dépens, et les réserver jusqu'au jugement définitif (Voy. *infrà*, § **1104**.

§ **1074**. [1] Civ cass. 19 juill. 1892 (D. P. 92. 1. 627; S. 92. 1. 533). Req. 23 oct. 1895 (D. P. 96. 1. 84). Voy., pour plus de détails sur l'omission de statuer, le tome VI auquel je viens de renvoyer, et aj. : 1° qu'une décision peut, jusqu'à un certain point, être implicite, et qu'ainsi le jugement qui condamne un débiteur à payer sa dette par fractions mensuelles jusqu'à entière libération s'applique virtuellement aux intérêts de cette dette, aussi bien qu'au capital (Alger, 6 févr. 1894; D. P. 95. 2. 531); 2° par contre, qu'un tribunal n'a pas le droit de substituer à la demande formée devant lui, et qu'il est tenu de juger, une autre demande qu'il supposerait être dans la pensée des parties, quoiqu'elles ne l'aient aucunement formulée, et à laquelle il appliquerait des principes étrangers à celle dont il est réellement saisi (Alger, 27 juill. 1896; D. P. 97. 2. 143).

[2] Quel que soit le nombre des parties en cause, le tribunal ne peut rendre

§ **1075**. A. « Tous jugements qui condamnent en des « dommages et intérêts en contiendront la liquidation, ou « ordonneront qu'ils seront donnés par état »[1]. La liquidation des dommages-intérêts consiste à en établir immédiatement le *quantum*, et à y condamner la partie qui les a encourus[2]; la fixation des dommages-intérêts par état consiste à en poser dès maintenant le principe, sauf à en régler ensuite la quotité suivant les règles posées aux §§ **1218** et suivants : l'avantage de ce procédé est d'éviter qu'on ne discute actuellement et qu'on n'établisse à grands frais le chiffre de dommages-intérêts, dont le principe n'est pas encore et ne sera peut-être pas admis. On plaide, d'abord, sur le point de savoir s'il y a lieu d'en accorder : s'ils sont refusés, tout est dit; dans le cas contraire, on les liquide conformément à la loi, mais le jugement qui y condamne en principe, et dit qu'ils seront donnés par état, entraîne dès maintenant l'hypothèque judiciaire dont il sera parlé aux §§ **1123** et suivants, et qu'il importe au créancier d'obtenir le plus tôt possible[3]. Si la liquidation des dommages-intérêts doit se prolonger, la partie qui les obtient peut demander une provision[4]. Une autre solution qui se ren-

qu'un seul jugement (toute autre manière de procéder serait frustratoire; civ. cass. 2 août 1893, D. P. 94. 1. 212; S. 94. 1. 278), et un jugement commun à plusieurs défendeurs en cause dans la même affaire peut être invoqué par le gagnant contre eux tous, même contre ceux à l'égard desquels il n'a pas conclu (Req. 31 oct. 1894; D. P. 95. 1. 123; S. 96. 1. 406), mais les divers chefs d'un jugement sont à considérer comme distincts, au point de vue de la régie de l'enregistrement qui peut percevoir sur lui autant de droits qu'il contient de chefs (Déc. min. fin. 14 sept. 1880, D. A. v° *Jugement*, supp., n° 16; comp. trib. comm. de Laval, 25 janv. 1882, D. P. 83. 3. 31).

§ **1075**. [1] Art. 128.

[2] Le tribunal est libre de choisir entre les deux procédés : du moment qu'il trouve dans le dossier les éléments de la fixation des dommages-intérêts, il a le droit de les évaluer sans recourir à la procédure indiquée pour les liquider (Req. 2 avr. 1849, D. P. 49. 1. 104; req. 30 mai 1859, D. P. 59. 1. 269).

[3] Tissier, *De l'effet des jugements qui portent condamnation à des dommages-intérêts à fixer par état* (Dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, nouv. sér., t. XVII, 1888, p. 537 et suiv.). Il n'est pas indispensable, pour qu'il y ait lieu de liquider des dommages-intérêts, que le jugement y condamne expressément : il suffit qu'il résulte des termes de ce jugement qu'un préjudice a été causé, et qu'il en est dû réparation (Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 544 *bis*; civ. rej. 1839, D. A. v° *Prescription civile*, n° 272). L'article 128 s'applique en matière de délits et de quasi-délits, aussi bien qu'aux dommages-intérêts dus en vertu d'une obligation contractuelle ou quasi-contractuelle (Crim. rej. 7 juill. 1855; D. P. 55. 1. 376).

[4] Bioche, *op. cit.*, v° *Dommages-intérêts*, n° 140.

contre dans la pratique, et que l'article 128 ne proscrit pas, consiste à fixer d'ores et déjà le montant des dommages-intérêts, et d'y condamner « si mieux n'aiment les parties « les faire déterminer à dire d'experts », ou si mieux n'ai- « ment les parties qu'il soit procédé par état, ce qu'elles « déclareront dans le délai de..... »[5]. On verra au § **1217** en quoi cette dernière formule est préférable[6].

§ **1076**. B. Quiconque est chargé ou se charge volontairement d'administrer tout ou partie du bien d'autrui doit rendre un compte détaillé de sa recette et de sa dépense[1]. Tels sont, à moins qu'ils n'aient prescrit[2], transigé[3] ou obtenu dispense de rendre compte[4], les mandataires, tuteurs,

[5] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 178. Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1842. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*

[6] L'indication d'un délai est usuelle et prévient des lenteurs fâcheuses, mais elle n'est pas indispensable. Le délai passé, la partie qui n'a pas réclamé est censée avoir accepté la fixation faite par le jugement.

§ **1076**. [1] On dit souvent que « tout comptable est présumé débiteur jusqu'à « ce qu'il ait rendu compte » (Voy. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1844 *ter*). Jusqu'à quel point cette proposition est-elle exacte? Voy. *infrà*, note 17. Dans tous les cas, c'est au comptable à établir la consistance des biens dont il doit rendre compte (Req. 9 janv. 1878; D. P. 78. 1. 85).

[2] L'obligation de rendre compte se prescrit généralement par trente ans (C. civ., art. 2262; voy., sur l'application de cet article dans l'espèce, Rennes, 6 janv. 1821, D. A. v° *Compte*, n° 38, req. 6 févr. 1843, D. A. *v° cit.*, n° 35). Par exception et en faveur du tuteur, les actions du pupille à raison des faits de la tutelle et, par conséquent, l'action en reddition de compte se prescrivent par dix ans (C. civ., art. 475; voy., sur cet article, Duranton, *op. cit.*, t. III, n°s 644 et suiv., Demolombe, *op. cit.*, t. VIII, n°s 148 et suiv., Aubry et Rau, *op. cit.*, 5e éd., t. I, p. 496 et suiv.; Demante, *op. cit.*, t. II, n° 239 *bis*-I et suiv.; Valette, *Cours de Code civil*, t. I, p. 582, et *Explication du livre Ier du Code civil*, p. 298 et suiv.). Si le pupille était mort laissant des héritiers mineurs, la prescription de dix ans serait suspendue à leur profit (C. civ., art. 2252). Cette prescription s'applique-t-elle aussi à l'action en redressement de compte? Voy. *infrà*, § **1233**.

[3] Les parties capables peuvent transiger sur tous les intérêts qui ne tiennent pas à l'ordre public (C. civ., art. 2045). Par exception, l'article 472 du Code civil annule, entre le tuteur et le pupille devenu majeur, tout traité qui affranchirait le premier, en tout ou en partie, de l'obligation de rendre des comptes au second : aucun traité relatif aux frais de la tutelle n'est valable, s'il n'a été précédé de la reddition d'un compte détaillé avec remise des pièces justificatives à l'appui, et s'il ne s'est écoulé dix jours au moins entre la date du récépissé de ce compte et le traité (Voy., sur cet article, Duranton, *op. cit.*, t. III, n°s 636 et suiv.; Demolombe, *op. cit.*, t. VIII, n°s 58 et suiv.; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, p. 491 et suiv.; Demante, *op. cit.*, t. II, n° 236 *bis*; Valette, *Cours de Code civil*, t. I, p. 258 et suiv., et *Explication du livre Ier du Code civil*, p. 288 et suiv.; Dalloz et Vergé, *Code civil annoté*, art. 472, n°s 1 et suiv.). On ne pourrait pas transiger non plus sur les comptes relatifs à une succession non encore ouverte (C. civ., art. 791, 1130 et 1600).

[4] Un comptable peut-il être dispensé de rendre compte? C'est une question

associés, copartageants, héritiers bénéficiaires, exécuteurs testamentaires, dépositaires, séquestres, créanciers-gagistes

de droit civil qu'il est impossible de traiter ici à fond, et sur laquelle je me bornerai aux observations suivantes. Laurent considère l'obligation de rendre compte comme un élément essentiel du mandat, et en conclut que le mandataire ne saurait être dispensé de rendre compte (*Op. cit.*, t. XXVII, n° 496); si cette thèse était fondée, il en résulterait qu'aucun comptable ne peut être dispensé de rendre compte, car un administrateur comptable est toujours plus ou moins mandataire. Je crois, au contraire : 1° qu'il faut poser en principe que l'obligation de rendre compte n'est pas de l'essence du mandat, puisqu'il y avait en droit romain des *procuratores in rem suam* ou mandataires dispensés de rendre compte (Dig., LL. 25 et 55, *De procur.*, III, III; 4, § 5, *De appell.*, XLIX, I; Accarias, *op. cit.*, t. II, n°s 640 et suiv.); 2° qu'il faut distinguer, pour l'application de ce principe, suivant que l'obligation de rendre compte vient d'un contrat, comme le mandat proprement dit, d'un testament comme l'exécution testamentaire, d'un quasi-contrat comme la gestion d'affaires, ou d'une disposition de la loi comme l'article 471 du Code civil sur les comptes de tutelle. 1) Les conventions passées entre personnes capables sur des objets qui ne touchent pas à l'ordre public tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (C. civ., art. 1134); or l'obligation de rendre compte imposée aux personnes chargées par contrat de faire les affaires d'autrui n'est pas d'ordre public : le mandant capable peut donc en dispenser le mandataire, soit à l'époque où celui-ci, ayant fini d'administrer, doit rendre compte, soit même d'avance et au moment même où le mandat lui est confié (Troplong, *Du mandat* (Paris, 1846), n° 415; Pont, *Des petits contrats*, t. I, n° 1003; civ. rej. 12 janv. 1830, D. A. v° *Mandat*, n° 248; civ. rej. 24 août 1831, D. A. v° *Compte*, n° 40; civ. rej. 11 juin 1839, D. A. v° *Mandat*, n° 238; Nancy, 5 août 1871, D. P. 72. 2. 77; Douai, 17 août 1871, D. P. 72. 2. 74). 2) Il en est à peu près de même pour les exécuteurs testamentaires : non-seulement les héritiers *ab intestat* et les légataires, envers qui ils sont comptables, peuvent les dispenser de rendre compte, mais il était généralement reçu dans l'ancien droit que le testateur pouvait les en exempter en les instituant (Voy. Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 229; Furgole, *Des testaments* (Paris, 1779), ch. X, sect. IV, n° 37). Cette solution doit encore être admise, pourvu que l'exécuteur testamentaire ne soit pas incapable de recevoir cette libéralité indirecte, et que le testateur n'ait pas laissé des héritiers à réserve aux droits desquels il lui était défendu de porter atteinte (Voy., sur cette question, Toullier, *op. cit.*, t. V, n° 604; Duranton, *op. cit.*, t. IX, n° 406; Demolombe, *op. cit.*, t. XXII, n° 118; Aubry et Rau, *op. cit.*, 4e éd., t. VII, p. 457; Douai, 23 juin 1846, D. P. 46. 2. 155). 3) Ceux qui sont comptables envers un tiers, sans avoir contracté avec lui, ne peuvent être dispensés de lui rendre compte qu'à l'époque où, leur administration ayant pris fin, ils pourraient être tenus de le faire; mais on ne voit pas ce qui empêcherait, à ce moment, la partie capable envers laquelle ils sont comptables de renoncer au compte qu'elle aurait le droit d'exiger : pourquoi l'absent, dont un tiers, envoyé ou non en possession par justice, a géré les biens, ne pourrait-il pas dispenser le gérant de lui rendre des comptes? 4) J'en dirai autant, du moins en principe, des personnes qui sont tenues de rendre compte en vertu d'une disposition légale, comme l'héritier bénéficiaire, le curateur à succession vacante, ou le curateur à l'immeuble délaissé par hypothèque; je ferai seulement exception pour le tuteur, que son ex-pupille ne peut dispenser de rendre compte — la preuve en est dans les dispositions de l'article 472 du Code civil rappelées à la note précédente — et que le donateur ou testateur ne peut pas affranchir non plus de l'obligation de rendre compte des biens donnés ou légués à son pupille (Demolombe, *op. cit.*, t. VIII, n° 39; Aubry et Rau, *op. cit.*, 5e éd., t. I, p. 490). Je n'assimilerais pas complètement le père administrateur légal au tuteur : l'article 472 ne s'applique pas à l'administration légale, et, par conséquent, l'enfant arrivé à sa majorité peut dispenser son père de lui rendre

et antichrésistes, envoyés en possession provisoire de biens d'absent[5], curateurs aux successions vacantes et aux immeubles délaissés par hypothèque, gérants d'affaires, possesseurs de bonne ou de mauvaise foi, comptables de deniers publics; tels sont aussi le père administrateur légal, et l'époux survivant commun en biens qui n'a pas fait inventaire[6]; tels sont, enfin, les conseils judiciaires et curateurs aux mineurs émancipés qui se sont immiscés dans l'administration qui ne leur était pas confiée, ou qu'ils avaient pour unique mission de surveiller[7]. Si la personne qui a droit au compte et celle qui le doit sont capables, elles peuvent, d'un commun accord, choisir un arbitre ou arrêter le compte à l'amiable[8]; s'il y a parmi elles un incapable ou si elles ne peu-

compte (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, p. 509), mais je ne crois pas que le donateur ou testateur ait le même droit en ce qui concerne les biens donnés ou légués à l'enfant, et je ne vois pas, sous ce rapport, de différence à faire entre le tuteur et le père administrateur légal. D'ailleurs, la prescription, la transaction et la dispense valablement accordée sont les seules causes qui puissent exempter un comptable de l'obligation de rendre son compte : peu importe qu'il l'ait déjà présenté dans une instance antérieure, si elle n'a pas abouti et que ce compte n'ait pas été apuré (Rennes, 6 janv. 1831, D. A. *v° cit.*, n° 38; Bordeaux, 25 janv. 1834, D. A. *v° cit.*, n° 36). 5) Produire son compte, c'est s'avouer comptable et se rendre, par conséquent, non recevable à prétendre qu'on l'a déjà rendu (Civ. cass. 21 juill. 1817; D. A. v° *Jugement*, n° 18).

[5] Les envoyés en possession définitive n'ont pas de compte à rendre, puisqu'ils restituent les biens dans l'état où ils se trouvent (C. civ., art. 132).

[6] Voy. C. civ., art. 125, 389, 469, 497, 549, 803, 813, 828, 1031, 1372, 1447, 1476, 1872, 1937, 1956, 1962, 1993, 2079, 2081, 2085 et 2174. Aj. C. pr. civ., art. 596; Paris, 17 févr. 1821 (D. A. v° *Compte*, n° 277); Bordeaux, 24 mars 1887 (D. P. 88. 2. 144); Paris, 24 janv. 1888 (D. P. 89. 2. 141).

[7] Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 172. Req. 6 févr. 1843 (D. A. v° *Compte*, n° 35). Le subrogé-tuteur ne peut concourir aux actes de gestion du tuteur que dans les cas déterminés par les articles 450, 451, 453 et 470 du Code civil (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, p. 477; voy., sur son rôle en matière d'appel, le tome VI). L'individu pourvu d'un conseil judiciaire conserve l'administration de ses biens, et son conseil n'a d'autre fonction que celle de l'assister dans les actes déterminés par les articles 499 et 513 (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, p. 567).

[8] Les arrêtés de compte ne sont soumis à aucune forme particulière. Ils ne sont pas rédigés en double comme les actes portant convention synallagmatique (Req. 12 mars 1811, D. A. *v° cit.*, n° 204; Aix, 12 juill. 1812, D. A. v° *Obligations*, n° 4009; Orléans, 22 août 1840, D. A. v° *Compte courant*, n° 93; *contrà*, Paris, 4 févr. 1811, D. A. v° *Compte*, n° 203; voy., sur la formalité des doubles, t. II, § **715**). Ils ne sont pas soumis à la formalité du *bon pour* ou *approuvé* (Grenoble, 26 janv. 1826; D. A. *v° cit.*, n° 158; voy., sur cette formalité, t. II, § **716**). Il n'est pas besoin de coter et de parapher chacune des pages dont ils se composent (Req. 3 sept. 1811; D. A. *v° cit.*, n° 210). Il suffit qu'ils énoncent la somme à laquelle s'élève le reliquat reconnu par les deux parties (Req. 20 avr. 1857; D. P. 57. 1. 356). On peut même tenir pour arrêté un compte qui porte comme mention finale que le montant en a été payé, sans ajouter que c'est pour solde (Nancy, 2 mai 1826; D. A. *v° cit.*, n° 151) : bien plus, on peut établir

vent s'entendre, il faut recourir à justice[9]. C'est le cas de l'instance en reddition de compte[10] qu'introduit en la forme ordinaire[11] la partie la plus diligente[12] : c'est généralement la partie qui a droit au compte et qui est pressée de l'obtenir[13]; ce peut être aussi le comptable qui a toujours le droit de se libérer[14], surtout s'il est commerçant, car il ne peut se

à l'aide d'un commencement de preuve par écrit la reddition d'un compte dont l'instrument n'est pas produit (Req. 1er mars 1815, D. A. v° *Société*, n° 785; req. 18 juill. 1827, D. A. v° *Compte*, n° 205; voy., sur le commencement de preuve par écrit, *suprà*, § **824**). Enfin, l'article 472 du Code civil (Voy. *suprà*, note 3) ne s'applique qu'aux comptes de tutelle : tous les autres comptes sont acceptés valablement sans que le rendant en ait remis les pièces justificatives, à moins que l'oyant n'ait fait de cette remise une condition expresse de son acceptation, ou que cette condition ne résulte implicitement des circonstances du fait (Civ. cass. 7 juill. 1812, D. A. *v° cit.*, n° 83; *contrà*, Paris, 4 févr. 1811, D. A. *v° cit.*, n° 203). L'annulation d'un arrêté de compte met le rendant en situation de rendre un nouveau compte (Orléans, 22 août 1840; D. A. v° *Compte courant*, *loc. cit.*).

[9] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 22. Bonnier, *op. cit.*, n° 1275.

[10] Elle peut être principale ou incidente, et même se présenter sous forme reconventionnelle. Un très ancien arrêt de la cour de cassation en a décidé autrement, sous prétexte que la demande en reddition de compte ne tend pas à la compensation (Req. 18 déc. 1810; D. A. v° *Compte*, n° 45), mais on a vu t. I, § **396**, que les demandes reconventionnelles ne tendent pas nécessairement à la compensation, et que toutes les prétentions qui servent de défense à l'action principale peuvent se produire sous cette forme; or c'est, évidemment, défendre à la demande principale du créancier que de conclure contre lui à la reddition d'un compte dont la balance peut le constituer débiteur.

[11] Par ajournement ou citation, si la demande est principale; par requête, si elle est incidente (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 46 et 48).

[12] Ou son représentant : il a été jugé qu'un avoué peut demander compte à son confrère des fonds qu'il lui a remis sur l'ordre de son propre client (Req. 14 févr. 1838; D. A. v° *Avoué*, n° 112). On peut encourir des dommages-intérêts pour avoir demandé un compte qui n'était pas dû (Liège, 3 févr. 1824; D. A. v° *Compte*, n° 42), par application du principe qui régit les demandes reconventionnelles en dommages-intérêts fondées sur la demande principale elle-même (Voy. t. I, § **396**). La demande est dirigée contre le comptable en personne : s'il est présumé absent, le tribunal commet un notaire pour le représenter (C. civ., art. 113); s'il est déclaré absent, le compte est rendu à sa place par les envoyés en possession de ses biens ou par son conjoint présent commun en biens (C. civ., art. 134).

[13] Ou ses créanciers (C. civ., art. 1166; t. I, § **310**). Si ce compte est dû à plusieurs personnes, la priorité se détermine entre elles conformément à l'article 967 (Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1850; voy. t. I, § **317**, note 1).

[14] De même que le débiteur peut faire des offres réelles suivies de consignation au créancier qui refuse sans motifs d'accepter le paiement (C. civ., art. 1257 et suiv.; voy. le tome VII), de même il a le droit d'imposer la reddition de compte au créancier qui s'y refuse (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 150) : prétention d'autant mieux fondée que ses biens, s'ils sont grevés d'hypothèque, le resteront jusqu'à l'apurement du compte (Req. 12 févr. 1814; D. A. *v° cit.*, n° 75), et que lui-même, s'il est héritier bénéficiaire, sera tenu, faute d'avoir rendu compte, sur ses biens personnels et *ultra vires hereditatis* (Civ. rej. 17 avr. 1839; D. A. *v° cit.*, n° 128).

faire réhabiliter après faillite que s'il a rendu ses comptes[15]. Sur cette demande qui s'instruit, suivant les cas, dans la forme ordinaire ou sommairement[16], le tribunal a trois partis à prendre : 1° rejeter la demande, s'il estime qu'il n'y a pas lieu à compter[17]; 2° arrêter lui-même le compte, s'il en a sous la main les éléments[18]; 3° dire qu'il sera rendu compte, dans quel délai, et devant qui[19]. Ce peut être un

[15] C. comm., art. 612. Bioche ajoute que le comptable qui n'a pas rendu compte n'est pas admis non plus au bénéfice de cession de biens (*Op. et v° cit.*, n° 3). Cette décision n'a d'intérêt que dans les cas très rares où la cession de biens existe aujourd'hui, et en supposant, chose encore plus rare, qu'il y ait, dans ces mêmes cas, matière à reddition de compte (Voy., sur l'utilité que la cession de biens peut présenter aujourd'hui, le tome IV).

[16] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 53. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1849. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. II, n° 789. L'article 529 suppose que le compte est dû à plusieurs personnes : il prescrit, dans une vue d'économie, qu'elles ne nommeront qu'un seul avoué lorsqu'elles auront le même intérêt; que, faute par elles de s'entendre sur le choix, le plus ancien occupera pour elles toutes; et que, si chacune d'elles en a néanmoins constitué un, les frais occasionnés par cette constitution particulière demeureront à sa charge. Cet article, également applicable au cas où la demande en reddition de compte est formée par le comptable, et au cas où elle émane des personnes auxquelles il doit rendre compte (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 52), ne précise pas suffisamment ce qu'il faut entendre par *le même intérêt*, et ne prévoit pas le cas où ceux auxquels le compte est dû auraient des intérêts distincts, 1° *Le même intérêt* ne signifie pas nécessairement un intérêt identique; il veut dire seulement que les personnes qui ont droit au compte ont des intérêts communs sur un ou plusieurs points, et n'ont d'intérêt opposé sur aucun (Favard de Langlade, *op. cit.*, v° *Compte*, § I, n° II; Bioche, *op. et v° cit.*, n° 51; Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1852; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*). 2° Voy., sur le cas où les personnes qui agissent ou qui sont poursuivies en reddition de compte représentent des intérêts contraires, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 52; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*

[17] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 54 et 55. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* C'est ce qu'il fera notamment, si le comptable poursuivi produit immédiatement son compte et les pièces à l'appui, et justifie par-là que c'est lui qui se trouve créancier : le tribunal condamnera le défendeur, séance tenante, à payer au comptable le montant de la balance qui existe en faveur de ce dernier (Req. 3 therm. an IX, D. A. *v° cit.*, n° 115; Paris, 29 janv. 1818, D. A. *v° cit.*, n° 85). On ne peut plus dire alors que le comptable qui n'a pas rendu son compte soit présumé débiteur.

[18] Req. 6 août 1833 (D. A. v° *Expert*, n° 49). Req. 8 févr. 1837 (D. A. v° *Frais*, n° 112). Civ. rej. 19 déc. 1853 (D. P. 54. 1. 25). Req. 3 mars 1874 (D. P. 74. 1. 483). Paris, 25 févr. 1876 (D. P. 76. 2. 233). Req. 13 janv. 1880 (D. P. 80. 1. 340). Civ. rej. 23 mai 1882 (D. P. 83. 1. 409). Aj., pour le cas où le comptable fait défaut, et dans le même sens, Paris, 2 déc. 1876 (D. P. 78. 2. 12); req. 24 janv. 1877 (D. P. 78. 1. 125). En ce sens, l'observation des règles posées par les articles 531 et suivants en matière de reddition de compte (Voy. *infrà*, §§ 1221 et suiv.) n'est pas requise à peine de nullité; mais, comme ce point a souffert quelque difficulté, la commission de 1865 proposait de dire expressément que le tribunal pourrait statuer immédiatement, s'il avait entre les mains les éléments du compte demandé (Greffier, *op. cit.*, p. 86).

[19] « Tout jugement portant condamnation de rendre compte fixera le délai

notaire, si les parties y consentent[20]; dans le cas contraire, ce ne peut être qu'un juge-commissaire[21] devant qui le compte sera rendu dans les formes expliquées aux §§ **1221** et suivants[22].

« dans lequel le compte sera rendu, et commettra un juge » (Art. 530). Il doit, comme tous les jugements, être motivé (Angers, 10 janv. 1838; D. A. *v° cit.*, n° 69). L'indication du juge-commissaire et du délai dans lequel le compte sera rendu par-devant lui n'est pas requise à peine de nullité : cette omission peut être réparée par un second jugement (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 56 et 63 ; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1852 *bis;* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.;* Rodière, *op. et loc. cit.*; Rennes, 29 juin 1813, D. A. *v° cit.*, n° 61 ; req. 11 nov. 1828, D. A. *v° cit.*, n° 58 ; civ. rej. 25 mars 1835, D. A. *v° cit.*, n° 59). Deux difficultés se sont élevées sur ce jugement. 1° Peut-il accorder immédiatement une provision à la partie au profit de laquelle il est rendu, prendre des mesures comminatoires contre le comptable qui ne rendrait par ses comptes dans le délai qui lui est fixé, le condamner d'ores et déjà au paiement de la somme qui lui est demandée, et ordonner d'avance qu'à l'expiration de ce délai ses biens seront saisis et vendus jusqu'à concurrence d'une somme que le tribunal arbitrera? La raison de douter se trouve dans l'article 534, qui ne semble autoriser ces mesures qu'à l'égard du comptable qui a laissé passer le délai qui lui était imparti (Voy. *infrà*, § **1225**). Je ne vois cependant pas d'inconvénient à ce qu'on prenne contre lui les mêmes mesures au moment où on le condamne à rendre compte dans tel délai : elles ont l'avantage d'économiser les frais d'un second jugement, et, étant comminatoires, elles ne font de mal à personne (Voy., sur cette question, Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 69 et 70; Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1870; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 173; Bruxelles, 30 mai 1808, D. A. v° *Compte courant*, n° 35; Bruxelles, 24 juin 1812, D. A. v° *Compte*, n° 66 ; Poitiers, 2 mars 1832, D. A. *v° cit.*, n° 101). J'irais même plus loin : s'il était d'ores et déjà évident que le solde du compte non encore rendu doit se solder contre le comptable, j'autoriserais le tribunal à accorder à la partie à laquelle ce compte est dû une provision proportionnée à ses besoins, immédiatement exigible, et naturellement imputable sur le montant de sa créance (Voy., sur ce point, Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 67 et 68; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1868 *bis:* civ. rej. 17 août 1853, D. P. 54. 1. 382). 2° Le jugement qui ordonne de rendre compte est-il interlocutoire? Je réponds, par application du principe posé *suprà*, § **1045** : 1° qu'il est interlocutoire, s'il a été précédé d'un débat contradictoire; 2° qu'il en est autrement, si le tribunal l'a rendu d'office ou à la requête de la partie qui demandait compte, et sans que le comptable y contredit. J'ajoute que, s'il est interlocutoire, il ne lie pas le juge, lequel reste maître de décider par un second jugement que le comptable n'est point débiteur (Voy., sur cette question et en sens divers, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 59, Rodière, *op. et loc. cit.*, Bonnier, *op. cit.*, n° 1279, req. 22 févr. 1842, D. A. v° *Chose jugée*, n° 170: aj. *infrà*, § **1137**). Le jugement qui ordonne de rendre compte emporte-t-il hypothèque judiciaire? Voy., sur ce point, *infrà*, § **1123**. *Quid* des dépens en cette matière? Voy., sur ce point, *infrà*, § **1228**.

[20] Civ. rej. 23 mai 1882 (D. P. 83. 1. 409).

[21] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 64. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1853 *bis*. Req. 6 juin 1820 (D. A. v° *Compte*, n° 68). Peu importe qu'il n'ait pas siégé au jugement (Bioche, *op., v° et loc. cit.;* Metz, 24 nov. 1809, D. A. *v° cit.*, n° 53). Si la personne au nom de laquelle il est demandé compte est présumée absente, un notaire chargé de la représenter pourra être adjoint au juge-commissaire (C. civ., art. 113; Bioche, *op. et v° cit.*, n° 66).

[22] Art. 530. Voy., sur la compétence en cette matière, t. II, § **474**.

§ **1077**. C. Il y a lieu à restitution de fruits[1] toutes les fois qu'une personne a joui d'une chose frugifère qui ne lui appartenait pas; le tribunal doit, aux termes de l'article **129**, ordonner qu'ils seront restitués de la manière qui sera indiquée au § **1239**[2], mais cette manière de procéder n'est pas prescrite à peine de nullité[3]. D'une part, cette condamnation doit s'exécuter conformément à la loi[4], sans que le tribunal ait besoin de le dire, et par cela seul qu'elle a été prononcée. D'autre part, rien n'empêche de liquider immédiatement les fruits[5], si l'on trouve dans l'aveu du défendeur[6] ou dans les pièces du procès[7] les éléments nécessaires pour procéder à cette opération[8]; on peut même, si les parties y consentent, les renvoyer devant un notaire[9].

§ **1077**. [1] Ce n'est pas le lieu d'expliquer ici quelles personnes gagnent les fruits et quelles autres les restituent, la distinction des fruits naturels et des fruits civils, celle du possesseur de bonne foi qui fait les fruits siens jusqu'à ce que la demande en restitution soit formée contre lui, et du possesseur de mauvaise foi qui doit les restituer à compter du jour même où il a commencé à les percevoir (Voy. seulement, sur les articles 549 et 550 du Code civil, Duranton, *op. cit.*, t. IV, nos 350 et suiv., Demolombe, *op. cit.*, t. IX, nos 590 et suiv., Aubry et Rau, *op. cit.*, t. II, p. 267 et suiv., Demante, *op. cit.*, t. II, nos 383 *bis*-I et suiv., Marcadé, *op. cit.*, t. II, nos 410 et suiv., Valette, *Cours de Code civil*, t. II, p. 116 et suiv., Laurent, *op. cit.*, t. VI, nos 203 et suiv., Dalloz et Vergé, *Code civil annoté*, art. 549, nos 1 et suiv.; et, sur l'effet de la demande en justice relativement aux fruits, t. II, § **666**).

[2] C'est en ce sens qu'on dit que le jugement qui condamne une partie à rendre des fruits ne les liquide pas, et renvoie seulement les parties à compter (Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. II, no 785).

[3] Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 169. Req. 5 févr. 1828 (D. A. vo *Obligations*, no 193). Req. 24 mai 1841 (D. A. vo *Compte*, no 60).

[4] Bioche, *op. et vo cit.*, no 57. Rodière, *op. et loc. cit.*

[5] Il pourra aussi prendre la moyenne entre les évaluations du demandeur et celles du défendeur (Bioche, *op. et vo cit.*, no 55).

[6] Bioche, *op. et vo cit.*, no 54. Civ. rej. 30 mars 1831 (D. A. vo *Propriété*, no 370). Civ. cass. 15 janv. 1839 (D. A. vo *Obligations*, no 1422). Civ. rej. 22 août 1865 (D. P. 65. 1. 359).

[7] Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1884. Rodière, *op. et loc. cit.* Civ. cass. 20 déc. 1819 (D. A. vo *Compte*, no 71). Civ. cass. 6 août 1822 (D. A. vo *cit.*, no 22). Req. 1er juin 1826 (D. A. vo *Vente*, no 53). Req. 27 juin 1849 (D. P. 50. 5. 215). Req. 23 févr. 1859 (D. P. 59. 1. 386). Req. 12 déc. 1882 (D. P. 83. 1. 188). *Contrà*, Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. II, no 78.

[8] La cour de cassation a été plus loin le 16 novembre 1874 (D. P. 76. 1. 393) et le 23 mai 1882 (D. P. 83. 1. 409). Elle a jugé que le tribunal ne doit pas ordonner une reddition de compte dans les formes indiquées *infrà*, §§ **1221** et suivants, quand les documents de la cause lui permettent de liquider immédiatement la condamnation.

[9] Civ. rej. 23 mai 1882 (D. P. 83. 1. 409).

§ **1078.** D. Certains jugements ordonnent qu'une caution sera fournie. Tantôt les parties en sont convenues, puis une contestation surgit qui les force à plaider, et le tribunal prescrit d'exécuter la promesse de donner caution[1]; tantôt la loi oblige une personne à donner caution, et le tribunal l'y condamne attendu sa résistance, ou surseoit à statuer jusqu'à ce qu'elle se mette en règle sur une contestation où elle est partie[2]; tantôt, enfin, c'est le tribunal lui-même qui, de par l'autorité qui lui appartient, condamne une partie à donner caution[3], ou ne lui adjuge sa demande qu'en l'obligeant à fournir caution de restituer, le cas échéant, l'objet qui va lui être remis[4]. La caution est conventionnelle dans le premier cas[5], légale dans le second[6], judiciaire dans le troisième[7]. Les tribunaux de première instance, les tribunaux

§ **1078.** [1] Voy. notamment, sur cette hypothèse, C. civ., art. 2020.

[2] Voy. C. civ., art. 16, 120, 123, 124, 601, 626, 771, 807, 1518 et 2185-5°; C. pr. civ., art. 166, 167, 542, 822, 992 et 993; C. comm., art. 120, 151, 152, 231, 346 et 384; C. instr. crim., art. 114; L. 15 juin 1872, art. 5.

[3] En admettant que les tribunaux aient ce droit (Voy., sur ce point, Laurent, *op. cit.*, t. XXVIII, n° 182).

[4] C'est ce qui arrive, notamment, en cas d'exécution provisoire (Art. 17, 135, 155 et 439; voy., sur l'exécution provisoire, le tome VI). Aj. art. 417 (*Suprà*, § **1019**).

[5] Les jugements qui condamnent à fournir caution en exécution d'une obligation conventionnelle ne changent pas le caractère du cautionnement : il ne devient pas judiciaire (Aubry et Rau, *op. cit.*, 4e éd., t. IV, p. 678; Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. VIII, n° 273; Laurent, *op. cit.*, t. XXVIII, n° 183; Pont, *op. cit.*, t. II, n° 434; Bioche, *op. cit.*, v° *Caution*, n° 3; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. II, n° 780; *contrà*, Duranton, *op. cit.*, t. XVIII, n° 385). Cette observation n'a plus d'intérêt au point de vue de la contrainte par corps, depuis que la loi du 22 juillet 1867 (Art. 1) a abrogé l'article 2040 (al. 2) du Code civil, aux termes duquel les cautions judiciaires devaient être contraignables par corps (Voy. le tome IV); mais il est encore utile, à deux points de vue, de constater qu'une caution reste conventionnelle et ne devient pas judiciaire : 1° les cautions conventionnelles jouissent, en principe, du bénéfice de discussion qui est refusé aux cautions judiciaires (C. civ., art. 2021 et suiv., et 2042); 2° le débiteur qui a promis de fournir caution ne peut offrir à la place une autre sûreté, au lieu qu'une personne tenue de fournir une caution judiciaire, et impuissante à en trouver une, peut la remplacer par un nantissement suffisant (C. civ., art. 2041).

[6] Le cautionnement fourni en vertu de la loi ne devient pas non plus judiciaire parce qu'un jugement a ordonné de le fournir (Voy., en ce sens, les autorités citées à la note précédente); mais cela n'a d'intérêt qu'au point de vue du bénéfice de discussion, auquel les cautions légales ont droit, comme les cautions conventionnelles, à l'exclusion des cautions judiciaires (C. civ., art. 2021 et suiv., et 2043). La caution légale peut être remplacée, comme la caution judiciaire, par un nantissement suffisant (C. civ., art. 2040).

[7] Voy. art. 135, 155 et 417; L. 25 mai 1838, art. 11. Il existe encore une espèce de cautionnement administratif dans le cas de l'article 273 du Code pénal : « Les vagabonds nés en France pourront, après un jugement même passé en

n'est pas de droit; comment elle se demande. — § **1113**. Suite. Comment elle s'accorde. — § **1114**. III. Motifs des jugements. Obligation de les motiver. — § **1115**. Suite. Histoire et utilité de cette prescription. — § **1116**. Suite. Comment elle s'applique; des jugements suffisamment motivés, et des jugements nuls pour défaut ou insuffisance de motifs.

§ **1073**. Un jugement se compose généralement de deux parties, le dispositif et les motifs[1]; et dans le dispositif lui-même on distingue deux points, la solution du litige et l'attribution des dépens[2].

§ **1074**. I. Rien de plus divers que l'objet des jugements, car il dépend à la fois de la nature du litige et des circonstances du fait; il n'est pas une question de droit civil, de droit commercial ou de procédure qui ne puisse se poser à leur occasion, et les exemples que j'en pourrais donner ne serviraient qu'à montrer l'infinie variété des décisions judiciaires. Aussi me bornerai-je, pour ne pas sortir de la procédure : 1° à signaler, par avance, l'obligation où sont les tribunaux de statuer sur toutes les questions qui lui sont soumises, à peine de voir leurs jugements attaqués par la requête civile, comme on le verra au tome VI de ce Traité[1]; 2° à dire dès maintenant comment doivent être rendus les jugements qui condamnent à des dommages-intérêts ou à des restitutions de fruits, qui prescrivent de rendre compte, ou qui ordonnent de fournir caution; 2° comment le juge de paix doit observer la séparation du possessoire et du pétitoire; 3° quelles solutions il peut donner aux actions possessoires[2].

§ **1073**. [1] Je dis *généralement* parce qu'il y a des jugements qu'on peut se dispenser de motiver (Voy. *infrà*, § **1116**).

[2] Art. 141. Ce n'est aussi qu'une règle générale, car les jugements d'avant faire droit peuvent ne pas adjuger les dépens, et les réserver jusqu'au jugement définitif (Voy. *infrà*, § **1104**.

§ **1074**. [1] Civ cass. 19 juill. 1892 (D. P. 92. 1. 627; S. 92. 1. 533). Req. 23 oct. 1895 (D. P. 96. 1. 84). Voy., pour plus de détails sur l'omission de statuer, le tome VI auquel je viens de renvoyer, et aj. : 1° qu'une décision peut, jusqu'à un certain point, être implicite, et qu'ainsi le jugement qui condamne un débiteur à payer sa dette par fractions mensuelles jusqu'à entière libération s'applique virtuellement aux intérêts de cette dette, aussi bien qu'au capital (Alger, 6 févr. 1894; D. P. 95. 2. 531); 2° par contre, qu'un tribunal n'a pas le droit de substituer à la demande formée devant lui, et qu'il est tenu de juger, une autre demande qu'il supposerait être dans la pensée des parties, quoiqu'elles ne l'aient aucunement formulée, et à laquelle il appliquerait des principes étrangers à celle dont il est réellement saisi (Alger, 27 juill. 1896; D. P. 97. 2. 143).

[2] Quel que soit le nombre des parties en cause, le tribunal ne peut rendre

§ **1075**. A. « Tous jugements qui condamnent en des « dommages et intérêts en contiendront la liquidation, ou « ordonneront qu'ils seront donnés par état »[1]. La liquidation des dommages-intérêts consiste à en établir immédiatement le *quantum*, et à y condamner la partie qui les a encourus[2]; la fixation des dommages-intérêts par état consiste à en poser dès maintenant le principe, sauf à en régler ensuite la quotité suivant les règles posées aux §§ **1218** et suivants : l'avantage de ce procédé est d'éviter qu'on ne discute actuellement et qu'on n'établisse à grands frais le chiffre de dommages-intérêts, dont le principe n'est pas encore et ne sera peut-être pas admis. On plaide, d'abord, sur le point de savoir s'il y a lieu d'en accorder : s'ils sont refusés, tout est dit; dans le cas contraire, on les liquide conformément à la loi, mais le jugement qui y condamne en principe, et dit qu'ils seront donnés par état, entraîne dès maintenant l'hypothèque judiciaire dont il sera parlé aux §§ **1123** et suivants, et qu'il importe au créancier d'obtenir le plus tôt possible[3]. Si la liquidation des dommages-intérêts doit se prolonger, la partie qui les obtient peut demander une provision[4]. Une autre solution qui se ren-

qu'un seul jugement (toute autre manière de procéder serait frustratoire; civ. cass. 2 août 1893, D. P. 94. 1. 212; S. 94. 1. 278), et un jugement commun à plusieurs défendeurs en cause dans la même affaire peut être invoqué par le gagnant contre eux tous, même contre ceux à l'égard desquels il n'a pas conclu (Req. 31 oct. 1894; D. P. 95. 1. 123; S. 96. 1. 406), mais les divers chefs d'un jugement sont à considérer comme distincts, au point de vue de la régie de l'enregistrement qui peut percevoir sur lui autant de droits qu'il contient de chefs (Déc. min. fin. 14 sept. 1880, D. A. v° *Jugement*, supp., n° 16; comp. trib. comm. de Laval, 25 janv. 1882, D. P. 83. 3. 31).

§ **1075**. [1] Art. 128.

[2] Le tribunal est libre de choisir entre les deux procédés : du moment qu'il trouve dans le dossier les éléments de la fixation des dommages-intérêts, il a le droit de les évaluer sans recourir à la procédure indiquée pour les liquider (Req. 2 avr. 1849, D. P. 49. 1. 104; req. 30 mai 1859, D. P. 59. 1. 269).

[3] Tissier, *De l'effet des jugements qui portent condamnation à des dommages-intérêts à fixer par état* (Dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, nouv. sér., t. XVII, 1888, p. 537 et suiv.). Il n'est pas indispensable, pour qu'il y ait lieu de liquider des dommages-intérêts, que le jugement y condamne expressément : il suffit qu'il résulte des termes de ce jugement qu'un préjudice a été causé, et qu'il en est dû réparation (Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 544 *bis*; civ. rej. 1839, D. A. v° *Prescription civile*, n° 272). L'article 128 s'applique en matière de délits et de quasi-délits, aussi bien qu'aux dommages-intérêts dus en vertu d'une obligation contractuelle ou quasi-contractuelle (Crim. rej. 7 juill. 1855; D. P. 55. 1. 376).

[4] Bioche, *op. cit.*, v° *Dommages-intérêts*, n° 140.

contre dans la pratique, et que l'article 128 ne proscrit pas, consiste à fixer d'ores et déjà le montant des dommages-intérêts, et d'y condamner « si mieux n'aiment les parties « les faire déterminer à dire d'experts », ou si mieux n'ai- « ment les parties qu'il soit procédé par état, ce qu'elles « déclareront dans le délai de..... »[5]. On verra au § 1217 en quoi cette dernière formule est préférable[6].

§ 1076. B. Quiconque est chargé ou se charge volontairement d'administrer tout ou partie du bien d'autrui doit rendre un compte détaillé de sa recette et de sa dépense[1]. Tels sont, à moins qu'ils n'aient prescrit[2], transigé[3] ou obtenu dispense de rendre compte[4], les mandataires, tuteurs,

[5] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 178. Carré, *op. cit.*. t. IV, quest. 1842. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*

[6] L'indication d'un délai est usuelle et prévient des lenteurs fâcheuses, mais elle n'est pas indispensable. Le délai passé, la partie qui n'a pas réclamé est censée avoir accepté la fixation faite par le jugement.

§ 1076. [1] On dit souvent que « tout comptable est présumé débiteur jusqu'à « ce qu'il ait rendu compte » (Voy. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1844 *ter*). Jusqu'à quel point cette proposition est-elle exacte? Voy. *infrà*, note 17. Dans tous les cas, c'est au comptable à établir la consistance des biens dont il doit rendre compte (Req. 9 janv. 1878; D. P. 78. 1. 85).

[2] L'obligation de rendre compte se prescrit généralement par trente ans (C. civ., art. 2262; voy., sur l'application de cet article dans l'espèce, Rennes, 6 janv. 1821, D. A. v° *Compte*, n° 38, req. 6 févr. 1843, D. A. *v° cit.*, n° 35). Par exception et en faveur du tuteur, les actions du pupille à raison des faits de la tutelle et, par conséquent, l'action en reddition de compte se prescrivent par dix ans (C. civ., art. 475; voy., sur cet article, Duranton, *op. cit.*, t. III, nos 644 et suiv., Demolombe, *op. cit.*, t. VIII, nos 148 et suiv., Aubry et Rau, *op. cit.*, 5e éd., t. I, p. 496 et suiv.; Demante, *op. cit.*, t. II, n° 239 *bis*-I et suiv.; Valette, *Cours de Code civil*, t. I, p. 582, et *Explication du livre Ier du Code civil*, p. 298 et suiv.). Si le pupille était mort laissant des héritiers mineurs, la prescription de dix ans serait suspendue à leur profit (C. civ., art. 2252). Cette prescription s'applique-t-elle aussi à l'action en redressement de compte? Voy. *infrà*, § 1233.

[3] Les parties capables peuvent transiger sur tous les intérêts qui ne tiennent pas à l'ordre public (C. civ., art. 2045). Par exception, l'article 472 du Code civil annule, entre le tuteur et le pupille devenu majeur, tout traité qui affranchirait le premier, en tout ou en partie, de l'obligation de rendre des comptes au second : aucun traité relatif aux frais de la tutelle n'est valable, s'il n'a été précédé de la reddition d'un compte détaillé avec remise des pièces justificatives à l'appui, et s'il ne s'est écoulé dix jours au moins entre la date du récépissé de ce compte et le traité (Voy., sur cet article, Duranton, *op. cit.*, t. III, nos 636 et suiv.; Demolombe, *op. cit.*. t. VIII, nos 58 et suiv.; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, p. 491 et suiv.; Demante, *op. cit.*, t. II, n° 236 *bis*; Valette, *Cours de Code civil*, t. I, p. 258 et suiv., et *Explication du livre Ier du Code civil*, p. 288 et suiv.; Dalloz et Vergé, *Code civil annoté*, art. 472, nos 1 et suiv.). On ne pourrait pas transiger non plus sur les comptes relatifs à une succession non encore ouverte (C. civ., art. 791, 1130 et 1600).

[4] Un comptable peut-il être dispensé de rendre compte? C'est une question

associés, copartageants, héritiers bénéficiaires, exécuteurs testamentaires, dépositaires, séquestres, créanciers-gagistes

de droit civil qu'il est impossible de traiter ici à fond, et sur laquelle je me bornerai aux observations suivantes. Laurent considère l'obligation de rendre compte comme un élément essentiel du mandat, et en conclut que le mandataire ne saurait être dispensé de rendre compte (*Op. cit.*, t. XXVII, n° 496) ; si cette thèse était fondée, il en résulterait qu'aucun comptable ne peut être dispensé de rendre compte, car un administrateur comptable est toujours plus ou moins mandataire. Je crois, au contraire : 1° qu'il faut poser en principe que l'obligation de rendre compte n'est pas de l'essence du mandat, puisqu'il y avait en droit romain des *procuratores in rem suam* ou mandataires dispensés de rendre compte (Dig., LL. 25 et 55, *De procur.*, III, III ; 4, § 5, *De appell.*, XLIX, I ; Accarias, *op. cit.*, t. II, n°s 640 et suiv.) ; 2° qu'il faut distinguer, pour l'application de ce principe, suivant que l'obligation de rendre compte vient d'un contrat, comme le mandat proprement dit, d'un testament comme l'exécution testamentaire, d'un quasi-contrat comme la gestion d'affaires, ou d'une disposition de la loi comme l'article 471 du Code civil sur les comptes de tutelle. 1) Les conventions passées entre personnes capables sur des objets qui ne touchent pas à l'ordre public tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (C. civ., art. 1134) ; or l'obligation de rendre compte imposée aux personnes chargées par contrat de faire les affaires d'autrui n'est pas d'ordre public : le mandant capable peut donc en dispenser le mandataire, soit à l'époque où celui-ci, ayant fini d'administrer, doit rendre compte, soit même d'avance et au moment même où le mandat lui est confié (Troplong, *Du mandat* (Paris, 1846), n° 415 ; Pont, *Des petits contrats*, t. I, n° 1003 ; civ. rej. 12 janv. 1830, D. A. v° *Mandat*, n° 248 ; civ. rej. 24 août 1831, D. A. v° *Compte*, n° 40 ; civ. rej. 11 juin 1839, D. A. v° *Mandat*, n° 238 ; Nancy, 5 août 1871, D. P. 72. 2. 77 ; Douai, 17 août 1871, D. P. 72. 2. 74). 2) Il en est à peu près de même pour les exécuteurs testamentaires : non-seulement les héritiers *ab intestat* et les légataires, envers qui ils sont comptables, peuvent les dispenser de rendre compte, mais il était généralement reçu dans l'ancien droit que le testateur pouvait les en exempter en les instituant (Voy. Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 229 ; Furgole, *Des testaments* (Paris, 1779), ch. X, sect. IV, n° 37). Cette solution doit encore être admise, pourvu que l'exécuteur testamentaire ne soit pas incapable de recevoir cette libéralité indirecte, et que le testateur n'ait pas laissé des héritiers à réserve aux droits desquels il lui était défendu de porter atteinte (Voy., sur cette question, Toullier, *op. cit.*, t. V, n° 604 ; Duranton, *op. cit.*, t. IX, n° 406 ; Demolombe, *op. cit.*, t. XXII, n° 118 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, 4e éd., t. VII, p. 457 ; Douai, 23 juin 1846, D. P. 46. 2. 155). 3) Ceux qui sont comptables envers un tiers, sans avoir contracté avec lui, ne peuvent être dispensés de lui rendre compte qu'à l'époque où, leur administration ayant pris fin, ils pourraient être tenus de le faire ; mais on ne voit pas ce qui empêcherait, à ce moment, la partie capable envers laquelle ils sont comptables de renoncer au compte qu'elle aurait le droit d'exiger : pourquoi l'absent, dont un tiers, envoyé ou non en possession par justice, a géré les biens, ne pourrait-il pas dispenser le gérant de lui rendre des comptes ? 4) J'en dirai autant, du moins en principe, des personnes qui sont tenues de rendre compte en vertu d'une disposition légale, comme l'héritier bénéficiaire, le curateur à succession vacante, ou le curateur à l'immeuble délaissé par hypothèque ; je ferai seulement exception pour le tuteur, que son ex-pupille ne peut dispenser de rendre compte — la preuve en est dans les dispositions de l'article 472 du Code civil rappelées à la note précédente — et que le donateur ou testateur ne peut pas affranchir non plus de l'obligation de rendre compte des biens donnés ou légués à son pupille (Demolombe, *op. cit.*, t. VIII, n° 39 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, 5e éd., t. I, p. 490). Je n'assimilerais pas complètement le père administrateur légal au tuteur : l'article 472 ne s'applique pas à l'administration légale, et, par conséquent, l'enfant arrivé à sa majorité peut dispenser son père de lui rendre

et antichrésistes, envoyés en possession provisoire de biens d'absent[5], curateurs aux successions vacantes et aux immeubles délaissés par hypothèque, gérants d'affaires, possesseurs de bonne ou de mauvaise foi, comptables de deniers publics; tels sont aussi le père administrateur légal, et l'époux survivant commun en biens qui n'a pas fait inventaire[6]; tels sont, enfin, les conseils judiciaires et curateurs aux mineurs émancipés qui se sont immiscés dans l'administration qui ne leur était pas confiée, ou qu'ils avaient pour unique mission de surveiller[7]. Si la personne qui a droit au compte et celle qui le doit sont capables, elles peuvent, d'un commun accord, choisir un arbitre ou arrêter le compte à l'amiable[8]; s'il y a parmi elles un incapable ou si elles ne peu-

compte (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, p. 509), mais je ne crois pas que le donateur ou testateur ait le même droit en ce qui concerne les biens donnés ou légués à l'enfant, et je ne vois pas, sous ce rapport, de différence à faire entre le tuteur et le père administrateur légal. D'ailleurs, la prescription, la transaction et la dispense valablement accordée sont les seules causes qui puissent exempter un comptable de l'obligation de rendre son compte : peu importe qu'il l'ait déjà présenté dans une instance antérieure, si elle n'a pas abouti et que ce compte n'ait pas été apuré (Rennes, 6 janv. 1831, D. A. *v° cit.*, n° 38; Bordeaux, 25 janv. 1834, D. A. *v° cit.*, n° 36). 5) Produire son compte, c'est s'avouer comptable et se rendre, par conséquent, non recevable à prétendre qu'on l'a déjà rendu (Civ. cass. 21 juill. 1817; D. A. v° *Jugement*, n° 18).

[5] Les envoyés en possession définitive n'ont pas de compte à rendre, puisqu'ils restituent les biens dans l'état où ils se trouvent (C. civ., art. 132).

[6] Voy. C. civ., art. 125, 389, 469, 497, 549, 803, 813, 828, 1031, 1372, 1447, 1476, 1872, 1937, 1956, 1962, 1993, 2079, 2081, 2085 et 2174. Aj. C. pr. civ., art. 596; Paris, 17 févr. 1821 (D. A. v° *Compte*, n° 277); Bordeaux, 24 mars 1887 (D. P. 88. 2. 144); Paris, 24 janv. 1888 (D. P. 89. 2. 141).

[7] Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 172. Req. 6 févr. 1843 (D. A. v° *Compte*, n° 35). Le subrogé-tuteur ne peut concourir aux actes de gestion du tuteur que dans les cas déterminés par les articles 450, 451, 453 et 470 du Code civil (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, p. 477; voy., sur son rôle en matière d'appel, le tome VI). L'individu pourvu d'un conseil judiciaire conserve l'administration de ses biens, et son conseil n'a d'autre fonction que celle de l'assister dans les actes déterminés par les articles 499 et 513 (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, p. 567).

[8] Les arrêtés de compte ne sont soumis à aucune forme particulière. Ils ne sont pas rédigés en double comme les actes portant convention synallagmatique (Req. 12 mars 1811, D. A. *v° cit.*, n° 204; Aix, 12 juill. 1812, D. A. v° *Obligations*, n° 4009; Orléans, 22 août 1840, D. A. v° *Compte courant*, n° 93; *contrà*, Paris, 4 févr. 1811, D. A. v° *Compte*, n° 203; voy., sur la formalité des doubles, t. II, § **715**). Ils ne sont pas soumis à la formalité du *bon pour* ou *approuvé* (Grenoble, 26 janv. 1826; D. A. *v° cit.*, n° 158; voy., sur cette formalité, t. II, § **716**). Il n'est pas besoin de coter et de parapher chacune des pages dont ils se composent (Req. 3 sept. 1811; D. A. *v° cit.*, n° 210). Il suffit qu'ils énoncent la somme à laquelle s'élève le reliquat reconnu par les deux parties (Req. 20 avr. 1857; D. P. 57. 1. 356). On peut même tenir pour arrêté un compte qui porte comme mention finale que le montant en a été payé, sans ajouter que c'est pour solde (Nancy, 2 mai 1826; D. A. *v° cit.*, n° 151) : bien plus, on peut établir

vent s'entendre, il faut recourir à justice[9]. C'est le cas de l'instance en reddition de compte[10] qu'introduit en la forme ordinaire[11] la partie la plus diligente[12] : c'est généralement la partie qui a droit au compte et qui est pressée de l'obtenir[13]; ce peut être aussi le comptable qui a toujours le droit de se libérer[14], surtout s'il est commerçant, car il ne peut se

à l'aide d'un commencement de preuve par écrit la reddition d'un compte dont l'instrument n'est pas produit (Req. 1er mars 1815, D. A. v° *Société*, n° 785; req. 18 juill. 1827, D. A. v° *Compte*, n° 205; voy., sur le commencement de preuve par écrit, *suprà*, § **824**). Enfin, l'article 472 du Code civil (Voy. *suprà*, note 3) ne s'applique qu'aux comptes de tutelle : tous les autres comptes sont acceptés valablement sans que le rendant en ait remis les pièces justificatives, à moins que l'oyant n'ait fait de cette remise une condition expresse de son acceptation, ou que cette condition ne résulte implicitement des circonstances du fait (Civ. cass. 7 juill. 1812, D. A. *v° cit.*, n° 83; *contrà*, Paris, 4 févr. 1811, D. A. *v° cit.*, n° 203). L'annulation d'un arrêté de compte met le rendant en situation de rendre un nouveau compte (Orléans, 22 août 1840; D. A. v° *Compte courant*, *loc. cit.*).

[9] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 22. Bonnier, *op. cit.*, n° 1275.

[10] Elle peut être principale ou incidente, et même se présenter sous forme reconventionnelle. Un très ancien arrêt de la cour de cassation en a décidé autrement, sous prétexte que la demande en reddition de compte ne tend pas à la compensation (Req. 18 déc. 1810; D. A. v° *Compte*, n° 45), mais on a vu t. I, § **396**, que les demandes reconventionnelles ne tendent pas nécessairement à la compensation, et que toutes les prétentions qui servent de défense à l'action principale peuvent se produire sous cette forme; or c'est, évidemment, défendre à la demande principale du créancier que de conclure contre lui à la reddition d'un compte dont la balance peut le constituer débiteur.

[11] Par ajournement ou citation, si la demande est principale; par requête, si elle est incidente (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 46 et 48).

[12] Ou son représentant : il a été jugé qu'un avoué peut demander compte à son confrère des fonds qu'il lui a remis sur l'ordre de son propre client (Req. 14 févr. 1838; D. A. v° *Avoué*, n° 112). On peut encourir des dommages-intérêts pour avoir demandé un compte qui n'était pas dû (Liège, 3 févr. 1824; D. A. v° *Compte*, n° 42), par application du principe qui régit les demandes reconventionnelles en dommages-intérêts fondées sur la demande principale elle-même (Voy. t. I, § **396**). La demande est dirigée contre le comptable en personne : s'il est présumé absent, le tribunal commet un notaire pour le représenter (C. civ., art. 113); s'il est déclaré absent, le compte est rendu à sa place par les envoyés en possession de ses biens ou par son conjoint présent commun en biens (C. civ., art. 134).

[13] Ou ses créanciers (C. civ., art. 1166; t. I, § **310**). Si ce compte est dû à plusieurs personnes, la priorité se détermine entre elles conformément à l'article 967 (Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1850; voy. t. I, § **317**, note 1).

[14] De même que le débiteur peut faire des offres réelles suivies de consignation au créancier qui refuse sans motifs d'accepter le paiement (C. civ., art. 1257 et suiv.; voy. le tome VII), de même il a le droit d'imposer la reddition de compte au créancier qui s'y refuse (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 150) : prétention d'autant mieux fondée que ses biens, s'ils sont grevés d'hypothèque, le resteront jusqu'à l'apurement du compte (Req. 12 févr. 1814; D. A. *v° cit.*, n° 75), et que lui-même, s'il est héritier bénéficiaire, sera tenu, faute d'avoir rendu compte, sur ses biens personnels et *ultrà vires hereditatis* (Civ. rej. 17 avr. 1839; D. A. *v° cit.*, n° 128).

faire réhabiliter après faillite que s'il a rendu ses comptes[15]. Sur cette demande qui s'instruit, suivant les cas, dans la forme ordinaire ou sommairement[16], le tribunal a trois partis à prendre : 1° rejeter la demande, s'il estime qu'il n'y a pas lieu à compter[17]; 2° arrêter lui-même le compte, s'il en a sous la main les éléments[18]; 3° dire qu'il sera rendu compte, dans quel délai, et devant qui[19]. Ce peut être un

[15] C. comm., art. 612. Bioche ajoute que le comptable qui n'a pas rendu compte n'est pas admis non plus au bénéfice de cession de biens (*Op. et v° cit.*, n° 3). Cette décision n'a d'intérêt que dans les cas très rares où la cession de biens existe aujourd'hui, et en supposant, chose encore plus rare, qu'il y ait, dans ces mêmes cas, matière à reddition de compte (Voy., sur l'utilité que la cession de biens peut présenter aujourd'hui, le tome IV).

[16] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 53. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1849. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. II, n° 789. L'article 529 suppose que le compte est dû à plusieurs personnes : il prescrit, dans une vue d'économie, qu'elles ne nommeront qu'un seul avoué lorsqu'elles auront le même intérêt; que, faute par elles de s'entendre sur le choix, le plus ancien occupera pour elles toutes; et que, si chacune d'elles en a néanmoins constitué un, les frais occasionnés par cette constitution particulière demeureront à sa charge. Cet article, également applicable au cas où la demande en reddition de compte est formée par le comptable, et au cas où elle émane des personnes auxquelles il doit rendre compte (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 52), ne précise pas suffisamment ce qu'il faut entendre par *le même intérêt*, et ne prévoit pas le cas où ceux auxquels le compte est dû auraient des intérêts distincts, 1° *Le même intérêt* ne signifie pas nécessairement un intérêt identique; il veut dire seulement que les personnes qui ont droit au compte ont des intérêts communs sur un ou plusieurs points, et n'ont d'intérêt opposé sur aucun (Favard de Langlade, *op. cit.*, v° *Compte*, § I, n° II; Bioche, *op. et v° cit.*, n° 51; Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1852; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*). 2° Voy., sur le cas où les personnes qui agissent ou qui sont poursuivies en reddition de compte représentent des intérêts contraires, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 52; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*

[17] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 54 et 55. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* C'est ce qu'il fera notamment, si le comptable poursuivi produit immédiatement son compte et les pièces à l'appui, et justifie par-là que c'est lui qui se trouve créancier : le tribunal condamnera le défendeur, séance tenante, à payer au comptable le montant de la balance qui existe en faveur de ce dernier (Req. 3 therm. an IX, D. A. v° *cit.*, n° 115; Paris, 29 janv. 1818, D. A. v° *cit.*, n° 85). On ne peut plus dire alors que le comptable qui n'a pas rendu son compte soit présumé débiteur.

[18] Req. 6 août 1833 (D. A. v° *Expert*, n° 49). Req. 8 févr. 1837 (D. A. v° *Frais*, n° 112). Civ. rej. 19 déc. 1853 (D. P. 54. 1. 25). Req. 3 mars 1874 (D. P. 74. 1. 483). Paris, 25 févr. 1876 (D. P. 76. 2. 233). Req. 13 janv. 1880 (D. P. 80. 1. 340). Civ. rej. 23 mai 1882 (D. P. 83. 1. 409). Aj., pour le cas où le comptable fait défaut, et dans le même sens, Paris, 2 déc. 1876 (D. P. 78. 2. 12); req. 24 janv. 1877 (D. P. 78. 1. 125). En ce sens, l'observation des règles posées par les articles 531 et suivants en matière de reddition de compte (Voy. *infrà*, §§ **1221** et suiv.) n'est pas requise à peine de nullité; mais, comme ce point a souffert quelque difficulté, la commission de 1865 proposait de dire expressément que le tribunal pourrait statuer immédiatement, s'il avait entre les mains les éléments du compte demandé (Greffier, *op. cit.*, p. 86).

[19] « Tout jugement portant condamnation de rendre compte fixera le délai

notaire, si les parties y consentent[20]; dans le cas contraire, ce ne peut être qu'un juge-commissaire[21] devant qui le compte sera rendu dans les formes expliquées aux §§ **1221** et suivants[22].

« dans lequel le compte sera rendu, et commettra un juge » (Art. 530). Il doit, comme tous les jugements, être motivé (Angers, 10 janv. 1838; D. A. *v° cit.*, n° 69). L'indication du juge-commissaire et du délai dans lequel le compte sera rendu par-devant lui n'est pas requise à peine de nullité : cette omission peut être réparée par un second jugement (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 56 et 63 ; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1852 *bis;* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.;* Rodière, *op. et loc. cit.*; Rennes, 29 juin 1813, D. A. *v° cit.*, n° 61 ; req. 11 nov. 1828, D. A. *v° cit.*, n° 58 ; civ. rej. 25 mars 1835, D. A. *v° cit.*, n° 59). Deux difficultés se sont élevées sur ce jugement. 1° Peut-il accorder immédiatement une provision à la partie au profit de laquelle il est rendu, prendre des mesures comminatoires contre le comptable qui ne rendrait par ses comptes dans le délai qui lui est fixé, le condamner d'ores et déjà au paiement de la somme qui lui est demandée, et ordonner d'avance qu'à l'expiration de ce délai ses biens seront saisis et vendus jusqu'à concurrence d'une somme que le tribunal arbitrera? La raison de douter se trouve dans l'article 534, qui ne semble autoriser ces mesures qu'à l'égard du comptable qui a laissé passer le délai qui lui était imparti (Voy. *infrà*, § **1225**). Je ne vois cependant pas d'inconvénient à ce qu'on prenne contre lui les mêmes mesures au moment où on le condamne à rendre compte dans tel délai : elles ont l'avantage d'économiser les frais d'un second jugement, et, étant comminatoires, elles ne font de mal à personne (Voy., sur cette question, Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 69 et 70; Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1870; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*: Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 173; Bruxelles, 30 mai 1808, D. A. v° *Compte courant*, n° 35; Bruxelles, 24 juin 1812, D. A. v° *Compte*, n° 66 ; Poitiers, 2 mars 1832, D. A. *v° cit.*, n° 101). J'irais même plus loin : s'il était d'ores et déjà évident que le solde du compte non encore rendu doit se solder contre le comptable, j'autoriserais le tribunal à accorder à la partie à laquelle ce compte est dû une provision proportionnée à ses besoins, immédiatement exigible, et naturellement imputable sur le montant de sa créance (Voy., sur ce point, Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 67 et 68; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1868 *bis;* civ. rej. 17 août 1853, D. P. 54. 1. 382). 2° Le jugement qui ordonne de rendre compte est-il interlocutoire? Je réponds, par application du principe posé *suprà*, § **1045** : 1° qu'il est interlocutoire, s'il a été précédé d'un débat contradictoire; 2° qu'il en est autrement, si le tribunal l'a rendu d'office ou à la requête de la partie qui demandait compte, et sans que le comptable y contredît. J'ajoute que, s'il est interlocutoire, il ne lie pas le juge, lequel reste maître de décider par un second jugement que le comptable n'est point débiteur (Voy., sur cette question et en sens divers, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 59, Rodière, *op. et loc. cit.*, Bonnier, *op. cit.*, n° 1279, req. 22 févr. 1842, D. A. v° *Chose jugée*, n° 170; aj. *infrà*, § **1137**). Le jugement qui ordonne de rendre compte emporte-t-il hypothèque judiciaire? Voy., sur ce point, *infrà*, § **1123**. *Quid* des dépens en cette matière? Voy., sur ce point, *infrà*, § **1228**.

[20] Civ. rej. 23 mai 1882 (D. P. 83. 1. 409).

[21] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 64. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1853 *bis*. Req. 6 juin 1820 (D. A. v° *Compte*, n° 68). Peu importe qu'il n'ait pas siégé au jugement (Bioche, *op., v° et loc. cit.;* Metz, 24 nov. 1809, D. A. *v° cit.*, n° 53). Si la personne au nom de laquelle il est demandé compte est présumée absente, un notaire chargé de la représenter pourra être adjoint au juge-commissaire (C. civ., art. 113; Bioche, *op. et v° cit.*, n° 66).

[22] Art. 530. Voy., sur la compétence en cette matière, t. II, § **474**.

§ **1077**. C. Il y a lieu à restitution de fruits[1] toutes les fois qu'une personne a joui d'une chose frugifère qui ne lui appartenait pas; le tribunal doit, aux termes de l'article 129, ordonner qu'ils seront restitués de la manière qui sera indiquée au § **1239**[2], mais cette manière de procéder n'est pas prescrite à peine de nullité[3]. D'une part, cette condamnation doit s'exécuter conformément à la loi[4], sans que le tribunal ait besoin de le dire, et par cela seul qu'elle a été prononcée. D'autre part, rien n'empêche de liquider immédiatement les fruits[5], si l'on trouve dans l'aveu du défendeur[6] ou dans les pièces du procès[7] les éléments nécessaires pour procéder à cette opération[8]; on peut même, si les parties y consentent, les renvoyer devant un notaire[9].

§ **1077**. [1] Ce n'est pas le lieu d'expliquer ici quelles personnes gagnent les fruits et quelles autres les restituent, la distinction des fruits naturels et des fruits civils, celle du possesseur de bonne foi qui fait les fruits siens jusqu'à ce que la demande en restitution soit formée contre lui, et du possesseur de mauvaise foi qui doit les restituer à compter du jour même où il a commencé à les percevoir (Voy. seulement, sur les articles 549 et 550 du Code civil, Duranton, *op. cit.*, t. IV, nos 350 et suiv., Demolombe, *op. cit.*, t. IX, nos 590 et suiv., Aubry et Rau, *op. cit.*, t. II, p. 267 et suiv., Demante, *op. cit.*, t. II, nos 383 *bis*-I et suiv., Marcadé, *op. cit.*, t. II, nos 410 et suiv., Valette, *Cours de Code civil*, t. II, p. 116 et suiv., Laurent, *op. cit.*, t. VI, nos 203 et suiv., Dalloz et Vergé, *Code civil annoté*, art. 549, nos 1 et suiv.; et, sur l'effet de la demande en justice relativement aux fruits, t. II, § **666**).

[2] C'est en ce sens qu'on dit que le jugement qui condamne une partie à rendre des fruits ne les liquide pas, et renvoie seulement les parties à compter (Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. II, no 785).

[3] Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 169. Req. 5 févr. 1828 (D. A. v° *Obligations*, no 193). Req. 24 mai 1841 (D. A. v° *Compte*, no 60).

[4] Bioche, *op. et v° cit.*, no 57. Rodière, *op. et loc. cit.*

[5] Il pourra aussi prendre la moyenne entre les évaluations du demandeur et celles du défendeur (Bioche, *op. et v° cit.*, no 55).

[6] Bioche, *op. et v° cit.*, no 54. Civ. rej. 30 mars 1831 (D. A. v° *Propriété*, no 370). Civ. cass. 15 janv. 1839 (D. A. v° *Obligations*, no 1422). Civ. rej. 22 août 1865 (D. P. 65. 1. 359).

[7] Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1884. Rodière, *op. et loc. cit.* Civ. cass. 20 déc. 1819 (D. A. v° *Compte*, n° 71). Civ. cass. 6 août 1822 (D. A. v° *cit.*, no 22). Req. 1er juin 1826 (D. A. v° *Vente*, no 53). Req. 27 juin 1849 (D. P. 50. 5. 215). Req. 23 févr. 1859 (D. P. 59. 1. 386). Req. 12 déc. 1882 (D. P. 83. 1. 188). *Contrà*, Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. II, n° 78.

[8] La cour de cassation a été plus loin le 16 novembre 1874 (D. P. 76. 1. 393) et le 23 mai 1882 (D. P. 83. 1. 409). Elle a jugé que le tribunal ne doit pas ordonner une reddition de compte dans les formes indiquées *infrà*, §§ **1221** et suivants, quand les documents de la cause lui permettent de liquider immédiatement la condamnation.

[9] Civ. rej. 23 mai 1882 (D. P. 83. 1. 409).

§ **1078.** D. Certains jugements ordonnent qu'une caution sera fournie. Tantôt les parties en sont convenues, puis une contestation surgit qui les force à plaider, et le tribunal prescrit d'exécuter la promesse de donner caution[1]; tantôt la loi oblige une personne à donner caution, et le tribunal l'y condamne attendu sa résistance, ou surseoit à statuer jusqu'à ce qu'elle se mette en règle sur une contestation où elle est partie[2]; tantôt, enfin, c'est le tribunal lui-même qui, de par l'autorité qui lui appartient, condamne une partie à donner caution[3], ou ne lui adjuge sa demande qu'en l'obligeant à fournir caution de restituer, le cas échéant, l'objet qui va lui être remis[4]. La caution est conventionnelle dans le premier cas[5], légale dans le second[6], judiciaire dans le troisième[7]. Les tribunaux de première instance, les tribunaux

§ **1078.** [1] Voy. notamment, sur cette hypothèse, C. civ., art. 2020.

[2] Voy. C. civ., art. 16, 120, 123, 124, 601, 626, 771, 807, 1518 et 2185-5°; C. pr. civ., art. 166, 167, 542, 832, 992 et 993; C. comm., art. 120, 151, 152, 231, 346 et 384; C. instr. crim., art. 114; L. 15 juin 1872, art. 5.

[3] En admettant que les tribunaux aient ce droit (Voy., sur ce point, Laurent, *op. cit.*, t. XXVIII, n° 182).

[4] C'est ce qui arrive, notamment, en cas d'exécution provisoire (Art. 17, 135, 155 et 439; voy., sur l'exécution provisoire, le tome VI). Aj. art. 417 (*Suprà*, § **1019**).

[5] Les jugements qui condamnent à fournir caution en exécution d'une obligation conventionnelle ne changent pas le caractère du cautionnement : il ne devient pas judiciaire (Aubry et Rau, *op. cit.*, 4e éd., t. IV, p. 678; Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. VIII, n° 273; Laurent, *op. cit.*, t. XXVIII, n° 183; Pont, *op. cit.*, t. II, n° 434; Bioche, *op. cit.*, v° *Caution*, n° 3; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. II, n° 780; *contrà*, Duranton, *op. cit.*, t. XVIII, n° 385). Cette observation n'a plus d'intérêt au point de vue de la contrainte par corps, depuis que la loi du 22 juillet 1867 (Art. 1) a abrogé l'article 2040 (al. 2) du Code civil, aux termes duquel les cautions judiciaires devaient être contraignables par corps (Voy. le tome IV); mais il est encore utile, à deux points de vue, de constater qu'une caution reste conventionnelle et ne devient pas judiciaire : 1° les cautions conventionnelles jouissent, en principe, du bénéfice de discussion qui est refusé aux cautions judiciaires (C. civ., art. 2021 et suiv., et 2042); 2° le débiteur qui a promis de fournir caution ne peut offrir à la place une autre sûreté, au lieu qu'une personne tenue de fournir une caution judiciaire, et impuissante à en trouver une, peut la remplacer par un nantissement suffisant (C. civ., art. 2041).

[6] Le cautionnement fourni en vertu de la loi ne devient pas non plus judiciaire parce qu'un jugement a ordonné de le fournir (Voy., en ce sens, les autorités citées à la note précédente); mais cela n'a d'intérêt qu'au point de vue du bénéfice de discussion, auquel les cautions légales ont droit, comme les cautions conventionnelles, à l'exclusion des cautions judiciaires (C. civ., art. 2021 et suiv., et 2043). La caution légale peut être remplacée, comme la caution judiciaire, par un nantissement suffisant (C. civ., art. 2040).

[7] Voy. art. 135, 155 et 417; L. 25 mai 1838, art. 11. Il existe encore une espèce de cautionnement administratif dans le cas de l'article 273 du Code pénal : « Les vagabonds nés en France pourront, après un jugement même passé en

n'est pas de droit; comment elle se demande. — § **1113**. Suite. Comment elle s'accorde. — § **1114**. III. Motifs des jugements. Obligation de les motiver. — § **1115**. Suite. Histoire et utilité de cette prescription. — § **1116**. Suite. Comment elle s'applique; des jugements suffisamment motivés, et des jugements nuls pour défaut ou insuffisance de motifs.

§ **1073**. Un jugement se compose généralement de deux parties, le dispositif et les motifs[1]; et dans le dispositif lui-même on distingue deux points, la solution du litige et l'attribution des dépens[2].

§ **1074**. I. Rien de plus divers que l'objet des jugements, car il dépend à la fois de la nature du litige et des circonstances du fait; il n'est pas une question de droit civil, de droit commercial ou de procédure qui ne puisse se poser à leur occasion, et les exemples que j'en pourrais donner ne serviraient qu'à montrer l'infinie variété des décisions judiciaires. Aussi me bornerai-je, pour ne pas sortir de la procédure : 1° à signaler, par avance, l'obligation où sont les tribunaux de statuer sur toutes les questions qui lui sont soumises, à peine de voir leurs jugements attaqués par la requête civile, comme on le verra au tome VI de ce Traité[1]; 2° à dire dès maintenant comment doivent être rendus les jugements qui condamnent à des dommages-intérêts ou à des restitutions de fruits, qui prescrivent de rendre compte, ou qui ordonnent de fournir caution; 2° comment le juge de paix doit observer la séparation du possessoire et du pétitoire; 3° quelles solutions il peut donner aux actions possessoires[2].

§ **1073**. [1] Je dis *généralement* parce qu'il y a des jugements qu'on peut se dispenser de motiver (Voy. *infrà*, § **1116**).

[2] Art. 141. Ce n'est aussi qu'une règle générale, car les jugements d'avant faire droit peuvent ne pas adjuger les dépens, et les réserver jusqu'au jugement définitif (Voy. *infrà*, § **1104**.

§ **1074**. [1] Civ cass. 19 juill. 1892 (D. P. 92. 1. 627; S. 92. 1. 533). Req. 23 oct. 1895 (D. P. 96. 1. 84). Voy., pour plus de détails sur l'omission de statuer, le tome VI auquel je viens de renvoyer, et aj. : 1° qu'une décision peut, jusqu'à un certain point, être implicite, et qu'ainsi le jugement qui condamne un débiteur à payer sa dette par fractions mensuelles jusqu'à entière libération s'applique virtuellement aux intérêts de cette dette, aussi bien qu'au capital (Alger, 6 févr. 1894; D. P. 95. 2. 531); 2° par contre, qu'un tribunal n'a pas le droit de substituer à la demande formée devant lui, et qu'il est tenu de juger, une autre demande qu'il supposerait être dans la pensée des parties, quoiqu'elles ne l'aient aucunement formulée, et à laquelle il appliquerait des principes étrangers à celle dont il est réellement saisi (Alger, 27 juill. 1896; D. P. 97. 2. 143).

[2] Quel que soit le nombre des parties en cause, le tribunal ne peut rendre

§ **1075**. A. « Tous jugements qui condamnent en des « dommages et intérêts en contiendront la liquidation, ou « ordonneront qu'ils seront donnés par état »[1]. La liquidation des dommages-intérêts consiste à en établir immédiatement le *quantum*, et à y condamner la partie qui les a encourus[2]; la fixation des dommages-intérêts par état consiste à en poser dès maintenant le principe, sauf à en régler ensuite la quotité suivant les règles posées aux §§ **1218** et suivants : l'avantage de ce procédé est d'éviter qu'on ne discute actuellement et qu'on n'établisse à grands frais le chiffre de dommages-intérêts, dont le principe n'est pas encore et ne sera peut-être pas admis. On plaide, d'abord, sur le point de savoir s'il y a lieu d'en accorder : s'ils sont refusés, tout est dit; dans le cas contraire, on les liquide conformément à la loi, mais le jugement qui y condamne en principe, et dit qu'ils seront donnés par état, entraîne dès maintenant l'hypothèque judiciaire dont il sera parlé aux §§ **1123** et suivants, et qu'il importe au créancier d'obtenir le plus tôt possible[3]. Si la liquidation des dommages-intérêts doit se prolonger, la partie qui les obtient peut demander une provision[4]. Une autre solution qui se ren-

qu'un seul jugement (toute autre manière de procéder serait frustratoire; civ. cass. 2 août 1893, D. P. 94. 1. 212; S. 94. 1. 278), et un jugement commun à plusieurs défendeurs en cause dans la même affaire peut être invoqué par le gagnant contre eux tous, même contre ceux à l'égard desquels il n'a pas conclu (Req. 31 oct. 1894; D. P. 95. 1. 123; S. 96. 1. 406), mais les divers chefs d'un jugement sont à considérer comme distincts, au point de vue de la régie de l'enregistrement qui peut percevoir sur lui autant de droits qu'il contient de chefs (Déc. min. fin. 14 sept. 1880, D. A. v° *Jugement*, supp., n° 16; comp. trib. comm. de Laval, 25 janv. 1882, D. P. 83. 3. 31).

§ **1075**. [1] Art. 128.

[2] Le tribunal est libre de choisir entre les deux procédés : du moment qu'il trouve dans le dossier les éléments de la fixation des dommages-intérêts, il a le droit de les évaluer sans recourir à la procédure indiquée pour les liquider (Req. 2 avr. 1849, D. P. 49. 1. 104; req. 30 mai 1859, D. P. 59. 1. 269).

[3] Tissier, *De l'effet des jugements qui portent condamnation à des dommages-intérêts à fixer par état* (Dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, nouv. sér., t. XVII, 1888, p. 537 et suiv.). Il n'est pas indispensable, pour qu'il y ait lieu de liquider des dommages-intérêts, que le jugement y condamne expressément : il suffit qu'il résulte des termes de ce jugement qu'un préjudice a été causé, et qu'il en est dû réparation (Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 544 *bis*; civ. rej. 1839, D. A. v° *Prescription civile*, n° 272). L'article 128 s'applique en matière de délits et de quasi-délits, aussi bien qu'aux dommages-intérêts dus en vertu d'une obligation contractuelle ou quasi-contractuelle (Crim. rej. 7 juill. 1855; D. P. 55. 1. 376).

[4] Bioche, *op. cit.*, v° *Dommages-intérêts*, n° 140.

contre dans la pratique, et que l'article 128 ne proscrit pas, consiste à fixer d'ores et déjà le montant des dommages-intérêts, et d'y condamner « si mieux n'aiment les parties « les faire déterminer à dire d'experts », ou si mieux n'ai- « ment les parties qu'il soit procédé par état, ce qu'elles « déclareront dans le délai de..... »[5]. On verra au § **1217** en quoi cette dernière formule est préférable[6].

§ **1076**. B. Quiconque est chargé ou se charge volontairement d'administrer tout ou partie du bien d'autrui doit rendre un compte détaillé de sa recette et de sa dépense[1]. Tels sont, à moins qu'ils n'aient prescrit[2], transigé[3] ou obtenu dispense de rendre compte[4], les mandataires, tuteurs,

[5] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 178. Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1842. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*

[6] L'indication d'un délai est usuelle et prévient des lenteurs fâcheuses, mais elle n'est pas indispensable. Le délai passé, la partie qui n'a pas réclamé est censée avoir accepté la fixation faite par le jugement.

§ **1076**. [1] On dit souvent que « tout comptable est présumé débiteur jusqu'à « ce qu'il ait rendu compte » (Voy. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1844 *ter*). Jusqu'à quel point cette proposition est-elle exacte? Voy. *infrà*, note 17. Dans tous les cas, c'est au comptable à établir la consistance des biens dont il doit rendre compte (Req. 9 janv. 1878; D. P. 78. 1. 85).

[2] L'obligation de rendre compte se prescrit généralement par trente ans (C. civ., art. 2262; voy., sur l'application de cet article dans l'espèce, Rennes, 6 janv. 1821, D. A. v° *Compte*, n° 38, req. 6 févr. 1843, D. A. *v° cit.*, n° 35). Par exception et en faveur du tuteur, les actions du pupille à raison des faits de la tutelle et, par conséquent, l'action en reddition de compte se prescrivent par dix ans (C. civ., art. 475; voy., sur cet article, Duranton, *op. cit.*, t. III, n°s 644 et suiv., Demolombe, *op. cit.*, t. VIII, n°s 148 et suiv., Aubry et Rau, *op. cit.*, 5e éd., t. I, p. 496 et suiv.; Demante, *op. cit.*, t. II, n° 239 *bis*-I et suiv.; Valette, *Cours de Code civil*, t. I, p. 582, et *Explication du livre Ier du Code civil*, p. 298 et suiv.). Si le pupille était mort laissant des héritiers mineurs, la prescription de dix ans serait suspendue à leur profit (C. civ., art. 2252). Cette prescription s'applique-t-elle aussi à l'action en redressement de compte? Voy. *infrà*, § **1233**.

[3] Les parties capables peuvent transiger sur tous les intérêts qui ne tiennent pas à l'ordre public (C. civ., art. 2045). Par exception, l'article 472 du Code civil annule, entre le tuteur et le pupille devenu majeur, tout traité qui affranchirait le premier, en tout ou en partie, de l'obligation de rendre des comptes au second : aucun traité relatif aux frais de la tutelle n'est valable, s'il n'a été précédé de la reddition d'un compte détaillé avec remise des pièces justificatives à l'appui, et s'il ne s'est écoulé dix jours au moins entre la date du récépissé de ce compte et le traité (Voy., sur cet article, Duranton, *op. cit.*, t. III, n°s 636 et suiv.; Demolombe, *op. cit.*, t. VIII, n°s 58 et suiv.; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, p. 491 et suiv.; Demante, *op. cit.*, t. II, n° 236 *bis*; Valette, *Cours de Code civil*, t. I, p. 258 et suiv., et *Explication du livre Ier du Code civil*, p. 288 et suiv.; Dalloz et Vergé, *Code civil annoté*, art. 472, n°s 1 et suiv.). On ne pourrait pas transiger non plus sur les comptes relatifs à une succession non encore ouverte (C. civ., art. 791, 1130 et 1600).

[4] Un comptable peut-il être dispensé de rendre compte? C'est une question

associés, copartageants, héritiers bénéficiaires, exécuteurs testamentaires, dépositaires, séquestres, créanciers-gagistes

de droit civil qu'il est impossible de traiter ici à fond, et sur laquelle je me bornerai aux observations suivantes. Laurent considère l'obligation de rendre compte comme un élément essentiel du mandat, et en conclut que le mandataire ne saurait être dispensé de rendre compte (*Op. cit.*, t. XXVII, n° 496); si cette thèse était fondée, il en résulterait qu'aucun comptable ne peut être dispensé de rendre compte, car un administrateur comptable est toujours plus ou moins mandataire. Je crois, au contraire : 1° qu'il faut poser en principe que l'obligation de rendre compte n'est pas de l'essence du mandat, puisqu'il y avait en droit romain des *procuratores in rem suam* ou mandataires dispensés de rendre compte (Dig., LL. 25 et 55, *De procur.*, III, III; 4, § 5, *De appell.*, XLIX, I; Accarias, *op. cit.*, t. II, n°s 640 et suiv.); 2° qu'il faut distinguer, pour l'application de ce principe, suivant que l'obligation de rendre compte vient d'un contrat, comme le mandat proprement dit, d'un testament comme l'exécution testamentaire, d'un quasi-contrat comme la gestion d'affaires, ou d'une disposition de la loi comme l'article 471 du Code civil sur les comptes de tutelle. 1) Les conventions passées entre personnes capables sur des objets qui ne touchent pas à l'ordre public tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (C. civ., art. 1134); or l'obligation de rendre compte imposée aux personnes chargées par contrat de faire les affaires d'autrui n'est pas d'ordre public : le mandant capable peut donc en dispenser le mandataire, soit à l'époque où celui-ci, ayant fini d'administrer, doit rendre compte, soit même d'avance et au moment même où le mandat lui est confié (Troplong, *Du mandat* (Paris, 1846), n° 415; Pont, *Des petits contrats*, t. I, n° 1003; civ. rej. 12 janv. 1830, D. A. v° *Mandat*, n° 248; civ. rej. 24 août 1831, D. A. v° *Compte*, n° 40; civ. rej. 11 juin 1839, D. A. v° *Mandat*, n° 238; Nancy, 5 août 1871, D. P. 72. 2. 77; Douai, 17 août 1871, D. P. 72. 2. 74). 2) Il en est à peu près de même pour les exécuteurs testamentaires : non-seulement les héritiers *ab intestat* et les légataires, envers qui ils sont comptables, peuvent les dispenser de rendre compte, mais il était généralement reçu dans l'ancien droit que le testateur pouvait les en exempter en les instituant (Voy. Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 229; Fuegole, *Des testaments* (Paris, 1779), ch. X, sect. IV, n° 37). Cette solution doit encore être admise, pourvu que l'exécuteur testamentaire ne soit pas incapable de recevoir cette libéralité indirecte, et que le testateur n'ait pas laissé des héritiers à réserve aux droits desquels il lui était défendu de porter atteinte (Voy., sur cette question, Toullier, *op. cit.*, t. V, n° 604; Duranton, *op. cit.*, t. IX, n° 406; Demolombe, *op. cit.*, t. XXII, n° 118; Aubry et Rau, *op. cit.*, 4e éd., t. VII, p. 457; Douai, 23 juin 1846, D. P. 46. 2. 155). 3) Ceux qui sont comptables envers un tiers, sans avoir contracté avec lui, ne peuvent être dispensés de lui rendre compte qu'à l'époque où, leur administration ayant pris fin, ils pourraient être tenus de le faire; mais on ne voit pas ce qui empêcherait, à ce moment, la partie capable envers laquelle ils sont comptables de renoncer au compte qu'elle aurait le droit d'exiger : pourquoi l'absent, dont un tiers, envoyé ou non en possession par justice, a géré les biens, ne pourrait-il pas dispenser le gérant de lui rendre des comptes? 4) J'en dirai autant, du moins en principe, des personnes qui sont tenues de rendre compte en vertu d'une disposition légale, comme l'héritier bénéficiaire, le curateur à succession vacante, ou le curateur à l'immeuble délaissé par hypothèque ; je ferai seulement exception pour le tuteur, que son ex-pupille ne peut dispenser de rendre compte — la preuve en est dans les dispositions de l'article 472 du Code civil rappelées à la note précédente — et que le donateur ou testateur ne peut pas affranchir non plus de l'obligation de rendre compte des biens donnés ou légués à son pupille (Demolombe, *op. cit.*, t. VIII, n° 39; Aubry et Rau, *op. cit.*, 5e éd., t. I, p. 490). Je n'assimilerais pas complètement le père administrateur légal au tuteur : l'article 472 ne s'applique pas à l'administration légale, et, par conséquent, l'enfant arrivé à sa majorité peut dispenser son père de lui rendre

et antichrésistes, envoyés en possession provisoire de biens d'absent[5], curateurs aux successions vacantes et aux immeubles délaissés par hypothèque, gérants d'affaires, possesseurs de bonne ou de mauvaise foi, comptables de deniers publics; tels sont aussi le père administrateur légal, et l'époux survivant commun en biens qui n'a pas fait inventaire[6]; tels sont, enfin, les conseils judiciaires et curateurs aux mineurs émancipés qui se sont immiscés dans l'administration qui ne leur était pas confiée, ou qu'ils avaient pour unique mission de surveiller[7]. Si la personne qui a droit au compte et celle qui le doit sont capables, elles peuvent, d'un commun accord, choisir un arbitre ou arrêter le compte à l'amiable[8]; s'il y a parmi elles un incapable ou si elles ne peu-

compte (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, p. 509), mais je ne crois pas que le donateur ou testateur ait le même droit en ce qui concerne les biens donnés ou légués à l'enfant, et je ne vois pas, sous ce rapport, de différence à faire entre le tuteur et le père administrateur légal. D'ailleurs, la prescription, la transaction et la dispense valablement accordée sont les seules causes qui puissent exempter un comptable de l'obligation de rendre son compte : peu importe qu'il l'ait déjà présenté dans une instance antérieure, si elle n'a pas abouti et que ce compte n'ait pas été apuré (Rennes, 6 janv. 1831, D. A. *v° cit.*, n° 38; Bordeaux, 25 janv. 1834, D. A. *v° cit.*, n° 36). 5) Produire son compte, c'est s'avouer comptable et se rendre, par conséquent, non recevable à prétendre qu'on l'a déjà rendu (Civ. cass. 21 juill. 1817; D. A. v° *Jugement*, n° 18).

[5] Les envoyés en possession définitive n'ont pas de compte à rendre, puisqu'ils restituent les biens dans l'état où ils se trouvent (C. civ., art. 132).

[6] Voy. C. civ., art. 125, 389, 469, 497, 549, 803, 813, 828, 1031, 1372, 1447, 1476, 1872, 1937, 1956, 1962, 1993, 2079, 2081, 2085 et 2174. Aj. C. pr. civ., art. 596; Paris, 17 févr. 1821 (D. A. v° *Compte*, n° 277); Bordeaux, 24 mars 1887 (D. P. 88. 2. 144); Paris, 24 janv. 1888 (D. P. 89. 2. 141).

[7] Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 172. Req. 6 févr. 1843 (D. A. v° *Compte*, n° 35). Le subrogé-tuteur ne peut concourir aux actes de gestion du tuteur que dans les cas déterminés par les articles 450, 451, 453 et 470 du Code civil (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, p. 477; voy., sur son rôle en matière d'appel, le tome VI). L'individu pourvu d'un conseil judiciaire conserve l'administration de ses biens, et son conseil n'a d'autre fonction que celle de l'assister dans les actes déterminés par les articles 499 et 513 (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, p. 567).

[8] Les arrêtés de compte ne sont soumis à aucune forme particulière. Ils ne sont pas rédigés en double comme les actes portant convention synallagmatique (Req. 12 mars 1811, D. A. *v° cit.*, n° 204; Aix, 12 juill. 1812, D. A. v° *Obligations*, n° 4009; Orléans, 22 août 1840, D. A. v° *Compte courant*, n° 93; *contrà*, Paris, 4 févr. 1811, D. A. v° *Compte*, n° 203; voy., sur la formalité des doubles, t. II, § **715**). Ils ne sont pas soumis à la formalité du *bon pour* ou *approuvé* (Grenoble, 26 janv. 1826; D. A. *v° cit.*, n° 158; voy., sur cette formalité, t. II, § **716**). Il n'est pas besoin de coter et de parapher chacune des pages dont ils se composent (Req. 3 sept. 1811; D. A. *v° cit.*, n° 210). Il suffit qu'ils énoncent la somme à laquelle s'élève le reliquat reconnu par les deux parties (Req. 20 avr. 1857; D. P. 57. 1. 356). On peut même tenir pour arrêté un compte qui porte comme mention finale que le montant en a été payé, sans ajouter que c'est pour solde (Nancy, 2 mai 1826; D. A. *v° cit.*, n° 151); bien plus, on peut établir

vent s'entendre, il faut recourir à justice[9]. C'est le cas de l'instance en reddition de compte[10] qu'introduit en la forme ordinaire[11] la partie la plus diligente[12] : c'est généralement la partie qui a droit au compte et qui est pressée de l'obtenir[13]; ce peut être aussi le comptable qui a toujours le droit de se libérer[14], surtout s'il est commerçant, car il ne peut se

à l'aide d'un commencement de preuve par écrit la reddition d'un compte dont l'instrument n'est pas produit (Req. 1er mars 1815, D. A. v° *Société*, n° 785; req. 18 juill. 1827, D. A. v° *Compte*, n° 205; voy., sur le commencement de preuve par écrit, *suprà*, § **824**). Enfin, l'article 472 du Code civil (Voy. *suprà*, note 3) ne s'applique qu'aux comptes de tutelle : tous les autres comptes sont acceptés valablement sans que le rendant en ait remis les pièces justificatives, à moins que l'oyant n'ait fait de cette remise une condition expresse de son acceptation, ou que cette condition ne résulte implicitement des circonstances du fait (Civ. cass. 7 juill. 1812, D. A. *v° cit.*, n° 83; *contrà*, Paris, 4 févr. 1811, D. A. *v° cit.*, n° 203). L'annulation d'un arrêté de compte met le rendant en situation de rendre un nouveau compte (Orléans, 22 août 1840; D. A. v° *Compte courant*, *loc. cit.*).

[9] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 22. Bonnier, *op. cit.*, n° 1275.

[10] Elle peut être principale ou incidente, et même se présenter sous forme reconventionnelle. Un très ancien arrêt de la cour de cassation en a décidé autrement, sous prétexte que la demande en reddition de compte ne tend pas à la compensation (Req. 18 déc. 1810; D. A. v° *Compte*, n° 45), mais on a vu t. I, § **396**, que les demandes reconventionnelles ne tendent pas nécessairement à la compensation, et que toutes les prétentions qui servent de défense à l'action principale peuvent se produire sous cette forme; or c'est, évidemment, défendre à la demande principale du créancier que de conclure contre lui à la reddition d'un compte dont la balance peut le constituer débiteur.

[11] Par ajournement ou citation, si la demande est principale; par requête, si elle est incidente (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 46 et 48).

[12] Ou son représentant : il a été jugé qu'un avoué peut demander compte à son confrère des fonds qu'il lui a remis sur l'ordre de son propre client (Req. 14 févr. 1838; D. A. v° *Avoué*, n° 112). On peut encourir des dommages-intérêts pour avoir demandé un compte qui n'était pas dû (Liège, 3 févr. 1824; D. A. v° *Compte*, n° 42), par application du principe qui régit les demandes reconventionnelles en dommages-intérêts fondées sur la demande principale elle-même (Voy. t. I, § **396**). La demande est dirigée contre le comptable en personne : s'il est présumé absent, le tribunal commet un notaire pour le représenter (C. civ., art. 113); s'il est déclaré absent, le compte est rendu à sa place par les envoyés en possession de ses biens ou par son conjoint présent commun en biens (C. civ., art. 134).

[13] Ou ses créanciers (C. civ., art. 1166; t. I, § **310**). Si ce compte est dû à plusieurs personnes, la priorité se détermine entre elles conformément à l'article 967 (Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1850; voy. t. I, § **317**, note 1).

[14] De même que le débiteur peut faire des offres réelles suivies de consignation au créancier qui refuse sans motifs d'accepter le paiement (C. civ., art. 1257 et suiv.; voy. le tome VII), de même il a le droit d'imposer la reddition de compte au créancier qui s'y refuse (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 150) : prétention d'autant mieux fondée que ses biens, s'ils sont grevés d'hypothèque, le resteront jusqu'à l'apurement du compte (Req. 12 févr. 1814; D. A. *v° cit.*, n° 75), et que lui-même, s'il est héritier bénéficiaire, sera tenu, faute d'avoir rendu compte, sur ses biens personnels et *ultrà vires hereditatis* (Civ. rej. 17 avr. 1839; D. A. *v° cit.*, n° 128).

faire réhabiliter après faillite que s'il a rendu ses comptes[15]. Sur cette demande qui s'instruit, suivant les cas, dans la forme ordinaire ou sommairement[16], le tribunal a trois partis à prendre : 1° rejeter la demande, s'il estime qu'il n'y a pas lieu à compter[17]; 2° arrêter lui-même le compte, s'il en a sous la main les éléments[18]; 3° dire qu'il sera rendu compte, dans quel délai, et devant qui[19]. Ce peut être un

[15] C. comm., art. 612. Bioche ajoute que le comptable qui n'a pas rendu compte n'est pas admis non plus au bénéfice de cession de biens (*Op. et v° cit.*, n° 3). Cette décision n'a d'intérêt que dans les cas très rares où la cession de biens existe aujourd'hui, et en supposant, chose encore plus rare, qu'il y ait, dans ces mêmes cas, matière à reddition de compte (Voy., sur l'utilité que la cession de biens peut présenter aujourd'hui, le tome IV).

[16] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 53. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1849. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. II, n° 789. L'article 529 suppose que le compte est dû à plusieurs personnes : il prescrit, dans une vue d'économie, qu'elles ne nommeront qu'un seul avoué lorsqu'elles auront le même intérêt; que, faute par elles de s'entendre sur le choix, le plus ancien occupera pour elles toutes; et que, si chacune d'elles en a néanmoins constitué un, les frais occasionnés par cette constitution particulière demeureront à sa charge. Cet article, également applicable au cas où la demande en reddition de compte est formée par le comptable, et au cas où elle émane des personnes auxquelles il doit rendre compte (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 52), ne précise pas suffisamment ce qu'il faut entendre par *le même intérêt*, et ne prévoit pas le cas où ceux auxquels le compte est dû auraient des intérêts distincts, 1° *Le même intérêt* ne signifie pas nécessairement un intérêt identique; il veut dire seulement que les personnes qui ont droit au compte ont des intérêts communs sur un ou plusieurs points, et n'ont d'intérêt opposé sur aucun (Favard de Langlade, *op. cit.*, v° *Compte*, § I, n° II; Bioche, *op. et v° cit.*, n° 51; Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1852; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*). 2° Voy., sur le cas où les personnes qui agissent ou qui sont poursuivies en reddition de compte représentent des intérêts contraires, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 52; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*

[17] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 54 et 55. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* C'est ce qu'il fera notamment, si le comptable poursuivi produit immédiatement son compte et les pièces à l'appui, et justifie par-là que c'est lui qui se trouve créancier : le tribunal condamnera le défendeur, séance tenante, à payer au comptable le montant de la balance qui existe en faveur de ce dernier (Req. 3 therm. an IX, D. A. *v° cit.*, n° 115; Paris, 29 janv. 1818, D. A. *v° cit.*, n° 85). On ne peut plus dire alors que le comptable qui n'a pas rendu son compte soit présumé débiteur.

[18] Req. 6 août 1833 (D. A. v° *Expert*, n° 49). Req. 8 févr. 1837 (D. A. v° *Frais*, n° 112). Civ. rej. 19 déc. 1853 (D. P. 54. 1. 25). Req. 3 mars 1874 (D. P. 74. 1. 483). Paris, 25 févr. 1876 (D. P. 76. 2. 233). Req. 13 janv. 1880 (D. P. 80. 1. 340). Civ. rej. 23 mai 1882 (D. P. 83. 1. 409). Aj., pour le cas où le comptable fait défaut, et dans le même sens, Paris, 2 déc. 1876 (D. P. 78. 2. 12); req. 24 janv. 1877 (D. P. 78. 1. 125). En ce sens, l'observation des règles posées par les articles 531 et suivants en matière de reddition de compte (Voy. *infrà*, §§ 1221 et suiv.) n'est pas requise à peine de nullité; mais, comme ce point a souffert quelque difficulté, la commission de 1865 proposait de dire expressément que le tribunal pourrait statuer immédiatement, s'il avait entre les mains les éléments du compte demandé (Greffier, *op. cit.*, p. 86).

[19] « Tout jugement portant condamnation de rendre compte fixera le délai

notaire, si les parties y consentent[20]; dans le cas contraire, ce ne peut être qu'un juge-commissaire[21] devant qui le compte sera rendu dans les formes expliquées aux §§ **1221** et suivants[22].

« dans lequel le compte sera rendu, et commettra un juge » (Art. 530). Il doit, comme tous les jugements, être motivé (Angers, 10 janv. 1838; D. A. *v° cit.*, n° 69). L'indication du juge-commissaire et du délai dans lequel le compte sera rendu par-devant lui n'est pas requise à peine de nullité : cette omission peut être réparée par un second jugement (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 56 et 63 ; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1852 *bis;* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.;* Rodière, *op. et loc. cit.*; Rennes, 29 juin 1813, D. A. *v° cit.*, n° 61 ; req. 11 nov. 1828, D. A. *v° cit.*, n° 58 ; civ. rej. 25 mars 1835, D. A. *v° cit.*, n° 59). Deux difficultés se sont élevées sur ce jugement. 1° Peut-il accorder immédiatement une provision à la partie au profit de laquelle il est rendu, prendre des mesures comminatoires contre le comptable qui ne rendrait par ses comptes dans le délai qui lui est fixé, le condamner d'ores et déjà au paiement de la somme qui lui est demandée, et ordonner d'avance qu'à l'expiration de ce délai ses biens seront saisis et vendus jusqu'à concurrence d'une somme que le tribunal arbitrera? La raison de douter se trouve dans l'article 534, qui ne semble autoriser ces mesures qu'à l'égard du comptable qui a laissé passer le délai qui lui était imparti (Voy. *infrà*, § **1225**). Je ne vois cependant pas d'inconvénient à ce qu'on prenne contre lui les mêmes mesures au moment où on le condamne à rendre compte dans tel délai : elles ont l'avantage d'économiser les frais d'un second jugement, et, étant comminatoires, elles ne font de mal à personne (Voy., sur cette question, Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 69 et 70; Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1870; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.:* Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 173; Bruxelles, 30 mai 1808, D. A. v° *Compte courant*, n° 35; Bruxelles, 24 juin 1812, D. A. v° *Compte*, n° 66 ; Poitiers, 2 mars 1832, D. A. *v° cit.*, n° 101). J'irais même plus loin : s'il était d'ores et déjà évident que le solde du compte non encore rendu doit se solder contre le comptable, j'autoriserais le tribunal à accorder à la partie à laquelle ce compte est dû une provision proportionnée à ses besoins, immédiatement exigible, et naturellement imputable sur le montant de sa créance (Voy., sur ce point, Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 67 et 68; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1868 *bis;* civ. rej. 17 août 1853, D. P. 54. 1. 382). 2° Le jugement qui ordonne de rendre compte est-il interlocutoire? Je réponds, par application du principe posé *suprà*, § **1045** : 1° qu'il est interlocutoire, s'il a été précédé d'un débat contradictoire; 2° qu'il en est autrement, si le tribunal l'a rendu d'office ou à la requête de la partie qui demandait compte, et sans que le comptable y contredit. J'ajoute que, s'il est interlocutoire, il ne lie pas le juge, lequel reste maître de décider par un second jugement que le comptable n'est point débiteur (Voy., sur cette question et en sens divers, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 59. Rodière, *op. et loc. cit.*, Bonnier, *op. cit.*, n° 1279, req. 22 févr. 1842, D. A. v° *Chose jugée*, n° 170: aj. *infrà*, § **1137**). Le jugement qui ordonne de rendre compte emporte-t-il hypothèque judiciaire? Voy., sur ce point, *infrà*, § **1123**. *Quid* des dépens en cette matière? Voy., sur ce point, *infrà*, § **1228**.

[20] Civ. rej. 23 mai 1882 (D. P. 83. 1. 409).

[21] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 64. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1853 *bis*. Req. 6 juin 1820 (D. A. v° *Compte*, n° 68). Peu importe qu'il n'ait pas siégé au jugement (Bioche, *op., v° et loc. cit.;* Metz, 24 nov. 1809, D. A. *v° cit.*, n° 53). Si la personne au nom de laquelle il est demandé compte est présumée absente, un notaire chargé de la représenter pourra être adjoint au juge-commissaire (C. civ., art. 113; Bioche, *op. et v° cit.*, n° 66).

[22] Art. 530. Voy., sur la compétence en cette matière, t. II, § **474**.

§ **1077**. C. Il y a lieu à restitution de fruits[1] toutes les fois qu'une personne a joui d'une chose frugifère qui ne lui appartenait pas; le tribunal doit, aux termes de l'article **129**, ordonner qu'ils seront restitués de la manière qui sera indiquée au § **1239**[2], mais cette manière de procéder n'est pas prescrite à peine de nullité[3]. D'une part, cette condamnation doit s'exécuter conformément à la loi[4], sans que le tribunal ait besoin de le dire, et par cela seul qu'elle a été prononcée. D'autre part, rien n'empêche de liquider immédiatement les fruits[5], si l'on trouve dans l'aveu du défendeur[6] ou dans les pièces du procès[7] les éléments nécessaires pour procéder à cette opération[8]; on peut même, si les parties y consentent, les renvoyer devant un notaire[9].

§ **1077**. [1] Ce n'est pas le lieu d'expliquer ici quelles personnes gagnent les fruits et quelles autres les restituent, la distinction des fruits naturels et des fruits civils, celle du possesseur de bonne foi qui fait les fruits siens jusqu'à ce que la demande en restitution soit formée contre lui, et du possesseur de mauvaise foi qui doit les restituer à compter du jour même où il a commencé à les percevoir (Voy. seulement, sur les articles 549 et 550 du Code civil, Duranton, *op. cit.*, t. IV, nos 350 et suiv., Demolombe, *op. cit.*, t. IX, nos 590 et suiv., Aubry et Rau, *op. cit.*, t. II, p. 267 et suiv., Demante, *op. cit.*, t. II, nos 383 *bis*-I et suiv., Marcadé, *op. cit.*, t. II, nos 410 et suiv., Valette, *Cours de Code civil*, t. II, p. 116 et suiv., Laurent, *op. cit.*, t. VI, nos 203 et suiv., Dalloz et Vergé, *Code civil annoté*, art. 549, nos 1 et suiv.; et, sur l'effet de la demande en justice relativement aux fruits, t. II, § **666**).

[2] C'est en ce sens qu'on dit que le jugement qui condamne une partie à rendre des fruits ne les liquide pas, et renvoie seulement les parties à compter (Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. II, no 785).

[3] Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 169. Req. 5 févr. 1828 (D. A. v° *Obligations*, no 193). Req. 24 mai 1841 (D. A. v° *Compte*, no 60).

[4] Bioche, *op. et v° cit.*, no 57. Rodière, *op. et loc. cit.*

[5] Il pourra aussi prendre la moyenne entre les évaluations du demandeur et celles du défendeur (Bioche, *op. et v° cit.*, no 55).

[6] Bioche, *op. et v° cit.*, no 54. Civ. rej. 30 mars 1831 (D. A. v° *Propriété*, no 370). Civ. cass. 15 janv. 1839 (D. A. v° *Obligations*, no 1422). Civ. rej. 22 août 1865 (D. P. 65. 1. 359).

[7] Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1884. Rodière, *op. et loc. cit.* Civ. cass. 20 déc. 1819 (D. A. v° *Compte*, n° 71). Civ. cass. 6 août 1822 (D. A. v° *cit.*, no 22). Req. 1er juin 1826 (D. A. v° *Vente*, no 53). Req. 27 juin 1849 (D. P. 50. 5. 215). Req. 23 févr. 1859 (D. P. 59. 1. 386). Req. 12 déc. 1882 (D. P. 83. 1. 188). *Contrà*, Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. II, no 78.

[8] La cour de cassation a été plus loin le 16 novembre 1874 (D. P. 76. 1. 393) et le 23 mai 1882 (D. P. 83. 1. 409). Elle a jugé que le tribunal ne doit pas ordonner une reddition de compte dans les formes indiquées *infrà*, §§ **1221** et suivants, quand les documents de la cause lui permettent de liquider immédiatement la condamnation.

[9] Civ. rej. 23 mai 1882 (D. P. 83. 1. 409).

§ **1078.** D. Certains jugements ordonnent qu'une caution sera fournie. Tantôt les parties en sont convenues, puis une contestation surgit qui les force à plaider, et le tribunal prescrit d'exécuter la promesse de donner caution[1]; tantôt la loi oblige une personne à donner caution, et le tribunal l'y condamne attendu sa résistance, ou surseoit à statuer jusqu'à ce qu'elle se mette en règle sur une contestation où elle est partie[2]; tantôt, enfin, c'est le tribunal lui-même qui, de par l'autorité qui lui appartient, condamne une partie à donner caution[3], ou ne lui adjuge sa demande qu'en l'obligeant à fournir caution de restituer, le cas échéant, l'objet qui va lui être remis[4]. La caution est conventionnelle dans le premier cas[5], légale dans le second[6], judiciaire dans le troisième[7]. Les tribunaux de première instance, les tribunaux

§ **1078.** [1] Voy. notamment, sur cette hypothèse, C. civ., art. 2020.

[2] Voy. C. civ., art. 16, 120, 123, 124, 601, 626, 771, 807, 1518 et 2185-5°; C. pr. civ., art. 166, 167, 542, 832, 992 et 993; C. comm., art. 120, 151, 152, 231, 346 et 384; C. instr. crim., art. 114; L. 15 juin 1872, art. 5.

[3] En admettant que les tribunaux aient ce droit (Voy., sur ce point, Laurent, *op. cit.*, t. XXVIII, n° 182).

[4] C'est ce qui arrive, notamment, en cas d'exécution provisoire (Art. 17, 135, 155 et 439; voy., sur l'exécution provisoire, le tome VI). Aj. art. 417 (*Suprà*, § **1019**).

[5] Les jugements qui condamnent à fournir caution en exécution d'une obligation conventionnelle ne changent pas le caractère du cautionnement : il ne devient pas judiciaire (Aubry et Rau, *op. cit.*, 4e éd., t. IV, p. 678; Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. VIII, n° 273; Laurent, *op. cit.*, t. XXVIII, n° 183; Pont, *op. cit.*, t. II, n° 434; Bioche, *op. cit.*, v° *Caution*, n° 3; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. II, n° 780; *contrà*, Duranton, *op. cit.*, t. XVIII, n° 385). Cette observation n'a plus d'intérêt au point de vue de la contrainte par corps, depuis que la loi du 22 juillet 1867 (Art. 1) a abrogé l'article 2040 (al. 2) du Code civil, aux termes duquel les cautions judiciaires devaient être contraignables par corps (Voy. le tome IV); mais il est encore utile, à deux points de vue, de constater qu'une caution reste conventionnelle et ne devient pas judiciaire : 1° les cautions conventionnelles jouissent, en principe, du bénéfice de discussion qui est refusé aux cautions judiciaires (C. civ., art. 2021 et suiv., et 2042); 2° le débiteur qui a promis de fournir caution ne peut offrir à la place une autre sûreté, au lieu qu'une personne tenue de fournir une caution judiciaire, et impuissante à en trouver une, peut la remplacer par un nantissement suffisant (C. civ., art. 2041).

[6] Le cautionnement fourni en vertu de la loi ne devient pas non plus judiciaire parce qu'un jugement a ordonné de le fournir (Voy., en ce sens, les autorités citées à la note précédente); mais cela n'a d'intérêt qu'au point de vue du bénéfice de discussion, auquel les cautions légales ont droit, comme les cautions conventionnelles, à l'exclusion des cautions judiciaires (C. civ., art. 2021 et suiv., et 2043). La caution légale peut être remplacée, comme la caution judiciaire, par un nantissement suffisant (C. civ., art. 2040).

[7] Voy. art. 135, 155 et 417; L. 25 mai 1838, art. 11. Il existe encore une espèce de cautionnement administratif dans le cas de l'article 273 du Code pénal : « Les vagabonds nés en France pourront, après un jugement même passé en

n'est pas de droit; comment elle se demande. — § **1113**. Suite. Comment elle s'accorde. — § **1114**. III. Motifs des jugements. Obligation de les motiver. — § **1115**. Suite. Histoire et utilité de cette prescription. — § **1116**. Suite. Comment elle s'applique; des jugements suffisamment motivés, et des jugements nuls pour défaut ou insuffisance de motifs.

§ **1073**. Un jugement se compose généralement de deux parties, le dispositif et les motifs[1]; et dans le dispositif lui-même on distingue deux points, la solution du litige et l'attribution des dépens[2].

§ **1074**. I. Rien de plus divers que l'objet des jugements, car il dépend à la fois de la nature du litige et des circonstances du fait; il n'est pas une question de droit civil, de droit commercial ou de procédure qui ne puisse se poser à leur occasion, et les exemples que j'en pourrais donner ne serviraient qu'à montrer l'infinie variété des décisions judiciaires. Aussi me bornerai-je, pour ne pas sortir de la procédure : 1° à signaler, par avance, l'obligation où sont les tribunaux de statuer sur toutes les questions qui lui sont soumises, à peine de voir leurs jugements attaqués par la requête civile, comme on le verra au tome VI de ce Traité[1]; 2° à dire dès maintenant comment doivent être rendus les jugements qui condamnent à des dommages-intérêts ou à des restitutions de fruits, qui prescrivent de rendre compte, ou qui ordonnent de fournir caution; 2° comment le juge de paix doit observer la séparation du possessoire et du pétitoire; 3° quelles solutions il peut donner aux actions possessoires[2].

§ **1073**. [1] Je dis *généralement* parce qu'il y a des jugements qu'on peut se dispenser de motiver (Voy. *infrà*, § **1116**).

[2] Art. 141. Ce n'est aussi qu'une règle générale, car les jugements d'avant faire droit peuvent ne pas adjuger les dépens, et les réserver jusqu'au jugement définitif (Voy. *infrà*, § **1104**.

§ **1074**. [1] Civ cass. 19 juill. 1892 (D. P. 92. 1. 627; S. 92. 1. 533). Req. 23 oct. 1895 (D. P. 96. 1. 84). Voy., pour plus de détails sur l'omission de statuer, le tome VI auquel je viens de renvoyer, et aj. : 1° qu'une décision peut, jusqu'à un certain point, être implicite, et qu'ainsi le jugement qui condamne un débiteur à payer sa dette par fractions mensuelles jusqu'à entière libération s'applique virtuellement aux intérêts de cette dette, aussi bien qu'au capital (Alger, 6 févr. 1894; D. P. 95. 2. 531); 2° par contre, qu'un tribunal n'a pas le droit de substituer à la demande formée devant lui, et qu'il est tenu de juger, une autre demande qu'il supposerait être dans la pensée des parties, quoiqu'elles ne l'aient aucunement formulée, et à laquelle il appliquerait des principes étrangers à celle dont il est réellement saisi (Alger, 27 juill. 1896; D. P. 97. 2. 143).

[2] Quel que soit le nombre des parties en cause, le tribunal ne peut rendre

§ **1075**. A. « Tous jugements qui condamnent en des « dommages et intérêts en contiendront la liquidation, ou « ordonneront qu'ils seront donnés par état »[1]. La liquidation des dommages-intérêts consiste à en établir immédiatement le *quantum*, et à y condamner la partie qui les a encourus[2]; la fixation des dommages-intérêts par état consiste à en poser dès maintenant le principe, sauf à en régler ensuite la quotité suivant les règles posées aux §§ **1218** et suivants : l'avantage de ce procédé est d'éviter qu'on ne discute actuellement et qu'on n'établisse à grands frais le chiffre de dommages-intérêts, dont le principe n'est pas encore et ne sera peut-être pas admis. On plaide, d'abord, sur le point de savoir s'il y a lieu d'en accorder : s'ils sont refusés, tout est dit; dans le cas contraire, on les liquide conformément à la loi, mais le jugement qui y condamne en principe, et dit qu'ils seront donnés par état, entraîne dès maintenant l'hypothèque judiciaire dont il sera parlé aux §§ **1123** et suivants, et qu'il importe au créancier d'obtenir le plus tôt possible[3]. Si la liquidation des dommages-intérêts doit se prolonger, la partie qui les obtient peut demander une provision[4]. Une autre solution qui se ren-

qu'un seul jugement (toute autre manière de procéder serait frustratoire; civ. cass. 2 août 1893, D. P. 94. 1. 212; S. 94. 1. 278), et un jugement commun à plusieurs défendeurs en cause dans la même affaire peut être invoqué par le gagnant contre eux tous, même contre ceux à l'égard desquels il n'a pas conclu (Req. 31 oct. 1894; D. P. 95. 1. 123; S. 96. 1. 406), mais les divers chefs d'un jugement sont à considérer comme distincts, au point de vue de la régie de l'enregistrement qui peut percevoir sur lui autant de droits qu'il contient de chefs (Déc. min. fin. 14 sept. 1880, D. A. v° *Jugement*, supp., n° 16; comp. trib. comm. de Laval, 25 janv. 1882, D. P. 83. 3. 31).

§ **1075**. [1] Art. 128.

[2] Le tribunal est libre de choisir entre les deux procédés : du moment qu'il trouve dans le dossier les éléments de la fixation des dommages-intérêts, il a le droit de les évaluer sans recourir à la procédure indiquée pour les liquider (Req. 2 avr. 1849, D. P. 49. 1. 104; req. 30 mai 1859, D. P. 59. 1. 269).

[3] Tissier, *De l'effet des jugements qui portent condamnation à des dommages-intérêts à fixer par état* (Dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, nouv. sér., t. XVII, 1888, p. 537 et suiv.). Il n'est pas indispensable, pour qu'il y ait lieu de liquider des dommages-intérêts, que le jugement y condamne expressément : il suffit qu'il résulte des termes de ce jugement qu'un préjudice a été causé, et qu'il en est dû réparation (Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 544 *bis*; civ. rej. 1839, D. A. v° *Prescription civile*, n° 272). L'article 128 s'applique en matière de délits et de quasi-délits, aussi bien qu'aux dommages-intérêts dus en vertu d'une obligation contractuelle ou quasi-contractuelle (Crim. rej. 7 juill. 1855; D. P. 55. 1. 376).

[4] Bioche, *op. cit.*, v° *Dommages-intérêts*, n° 140.

contre dans la pratique, et que l'article 128 ne proscrit pas, consiste à fixer d'ores et déjà le montant des dommages-intérêts, et d'y condamner « si mieux n'aiment les parties « les faire déterminer à dire d'experts », ou si mieux n'ai- « ment les parties qu'il soit procédé par état, ce qu'elles « déclareront dans le délai de..... »[5]. On verra au § **1217** en quoi cette dernière formule est préférable[6].

§ **1076**. B. Quiconque est chargé ou se charge volontairement d'administrer tout ou partie du bien d'autrui doit rendre un compte détaillé de sa recette et de sa dépense[1]. Tels sont, à moins qu'ils n'aient prescrit[2], transigé[3] ou obtenu dispense de rendre compte[4], les mandataires, tuteurs,

[5] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 178. Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1842. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*

[6] L'indication d'un délai est usuelle et prévient des lenteurs fâcheuses, mais elle n'est pas indispensable. Le délai passé, la partie qui n'a pas réclamé est censée avoir accepté la fixation faite par le jugement.

§ **1076**. [1] On dit souvent que « tout comptable est présumé débiteur jusqu'à « ce qu'il ait rendu compte » (Voy. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1844 *ter*). Jusqu'à quel point cette proposition est-elle exacte? Voy. *infrà*, note 17. Dans tous les cas, c'est au comptable à établir la consistance des biens dont il doit rendre compte (Req. 9 janv. 1878; D. P. 78. 1. 85).

[2] L'obligation de rendre compte se prescrit généralement par trente ans (C. civ., art. 2262; voy., sur l'application de cet article dans l'espèce, Rennes, 6 janv. 1821, D. A. v° *Compte*, n° 38, req. 6 févr. 1843, D. A. *v° cit.*, n° 35). Par exception et en faveur du tuteur, les actions du pupille à raison des faits de la tutelle et, par conséquent, l'action en reddition de compte se prescrivent par dix ans (C. civ., art. 475; voy., sur cet article, Duranton, *op. cit.*, t. III, n°s 644 et suiv., Demolombe, *op. cit.*, t. VIII, n°s 148 et suiv., Aubry et Rau, *op. cit.*, 5e éd., t. I, p. 496 et suiv.; Demante, *op. cit.*, t. II, n° 239 *bis*-I et suiv.; Valette, *Cours de Code civil*, t. I, p. 582, et *Explication du livre Ier du Code civil*, p. 298 et suiv.). Si le pupille était mort laissant des héritiers mineurs, la prescription de dix ans serait suspendue à leur profit (C. civ., art. 2252). Cette prescription s'applique-t-elle aussi à l'action en redressement de compte? Voy. *infrà*, § **1233**.

[3] Les parties capables peuvent transiger sur tous les intérêts qui ne tiennent pas à l'ordre public (C. civ., art. 2045). Par exception, l'article 472 du Code civil annule, entre le tuteur et le pupille devenu majeur, tout traité qui affranchirait le premier, en tout ou en partie, de l'obligation de rendre des comptes au second: aucun traité relatif aux frais de la tutelle n'est valable, s'il n'a été précédé de la reddition d'un compte détaillé avec remise des pièces justificatives à l'appui, et s'il ne s'est écoulé dix jours au moins entre la date du récépissé de ce compte et le traité (Voy., sur cet article, Duranton, *op. cit.*, t. III, n°s 636 et suiv.; Demolombe, *op. cit.*, t. VIII, n°s 58 et suiv.; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, p. 491 et suiv.; Demante, *op. cit.*, t. II, n° 236 *bis*; Valette, *Cours de Code civil*, t. I, p. 258 et suiv., et *Explication du livre Ier du Code civil*, p. 288 et suiv.; Dalloz et Vergé, *Code civil annoté*, art. 472, n°s 1 et suiv.). On ne pourrait pas transiger non plus sur les comptes relatifs à une succession non encore ouverte (C. civ., art. 791, 1130 et 1600).

[4] Un comptable peut-il être dispensé de rendre compte? C'est une question

associés, copartageants, héritiers bénéficiaires, exécuteurs testamentaires, dépositaires, séquestres, créanciers-gagistes

de droit civil qu'il est impossible de traiter ici à fond, et sur laquelle je me bornerai aux observations suivantes. Laurent considère l'obligation de rendre compte comme un élément essentiel du mandat, et en conclut que le mandataire ne saurait être dispensé de rendre compte (*Op. cit.*, t. XXVII, n° 496); si cette thèse était fondée, il en résulterait qu'aucun comptable ne peut être dispensé de rendre compte, car un administrateur comptable est toujours plus ou moins mandataire. Je crois, au contraire : 1° qu'il faut poser en principe que l'obligation de rendre compte n'est pas de l'essence du mandat, puisqu'il y avait en droit romain des *procuratores in rem suam* ou mandataires dispensés de rendre compte (Dig., LL. 25 et 55, *De procur.*, III, III; 4, § 5, *De appell.*, XLIX, I; Accarias, *op. cit.*, t. II, n°s 640 et suiv.); 2° qu'il faut distinguer, pour l'application de ce principe, suivant que l'obligation de rendre compte vient d'un contrat, comme le mandat proprement dit, d'un testament comme l'exécution testamentaire, d'un quasi-contrat comme la gestion d'affaires, ou d'une disposition de la loi comme l'article 471 du Code civil sur les comptes de tutelle. 1) Les conventions passées entre personnes capables sur des objets qui ne touchent pas à l'ordre public tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (C. civ., art. 1134); or l'obligation de rendre compte imposée aux personnes chargées par contrat de faire les affaires d'autrui n'est pas d'ordre public : le mandant capable peut donc en dispenser le mandataire, soit à l'époque où celui-ci, ayant fini d'administrer, doit rendre compte, soit même d'avance et au moment même où le mandat lui est confié (Troplong, *Du mandat* (Paris, 1846), n° 415; Pont, *Des petits contrats*, t. I, n° 1003; civ. rej. 12 janv. 1830, D. A. v° *Mandat*, n° 248; civ. rej. 24 août 1831, D. A. v° *Compte*, n° 40; civ. rej. 11 juin 1839, D. A. v° *Mandat*, n° 238; Nancy, 5 août 1871, D. P. 72. 2. 77; Douai, 17 août 1871, D. P. 72. 2. 74). 2) Il en est à peu près de même pour les exécuteurs testamentaires : non-seulement les héritiers *ab intestat* et les légataires, envers qui ils sont comptables, peuvent les dispenser de rendre compte, mais il était généralement reçu dans l'ancien droit que le testateur pouvait les en exempter en les instituant (Voy. Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 229; Furgole, *Des testaments* (Paris, 1779), ch. X, sect. IV, n° 37). Cette solution doit encore être admise, pourvu que l'exécuteur testamentaire ne soit pas incapable de recevoir cette libéralité indirecte, et que le testateur n'ait pas laissé des héritiers à réserve aux droits desquels il lui était défendu de porter atteinte (Voy., sur cette question, Toullier, *op. cit.*, t. V, n° 604; Duranton, *op. cit.*, t. IX, n° 406; Demolombe, *op. cit.*, t. XXII, n° 118; Aubry et Rau, *op. cit.*, 4e éd., t. VII, p. 457; Douai, 23 juin 1846, D. P. 46. 2. 155). 3) Ceux qui sont comptables envers un tiers, sans avoir contracté avec lui, ne peuvent être dispensés de lui rendre compte qu'à l'époque où, leur administration ayant pris fin, ils pourraient être tenus de le faire; mais on ne voit pas ce qui empêcherait, à ce moment, la partie capable envers laquelle ils sont comptables de renoncer au compte qu'elle aurait le droit d'exiger : pourquoi l'absent, dont un tiers, envoyé ou non en possession par justice, a géré les biens, ne pourrait-il pas dispenser le gérant de lui rendre des comptes? 4) J'en dirai autant, du moins en principe, des personnes qui sont tenues de rendre compte en vertu d'une disposition légale, comme l'héritier bénéficiaire, le curateur à succession vacante, ou le curateur à l'immeuble délaissé par hypothèque ; je ferai seulement exception pour le tuteur, que son ex-pupille ne peut dispenser de rendre compte — la preuve en est dans les dispositions de l'article 472 du Code civil rappelées à la note précédente — et que le donateur ou testateur ne peut pas affranchir non plus de l'obligation de rendre compte des biens donnés ou légués à son pupille (Demolombe, *op. cit.*, t. VIII, n° 39; Aubry et Rau, *op. cit.*, 5e éd., t. I, p. 490). Je n'assimilerais pas complètement le père administrateur légal au tuteur : l'article 472 ne s'applique pas à l'administration légale, et, par conséquent, l'enfant arrivé à sa majorité peut dispenser son père de lui rendre

et antichrésistes, envoyés en possession provisoire de biens d'absent[5], curateurs aux successions vacantes et aux immeubles délaissés par hypothèque, gérants d'affaires, possesseurs de bonne ou de mauvaise foi, comptables de deniers publics; tels sont aussi le père administrateur légal, et l'époux survivant commun en biens qui n'a pas fait inventaire[6]; tels sont, enfin, les conseils judiciaires et curateurs aux mineurs émancipés qui se sont immiscés dans l'administration qui ne leur était pas confiée, ou qu'ils avaient pour unique mission de surveiller[7]. Si la personne qui a droit au compte et celle qui le doit sont capables, elles peuvent, d'un commun accord, choisir un arbitre ou arrêter le compte à l'amiable[8]; s'il y a parmi elles un incapable ou si elles ne peu-

compte (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, p. 509), mais je ne crois pas que le donateur ou testateur ait le même droit en ce qui concerne les biens donnés ou légués à l'enfant, et je ne vois pas, sous ce rapport, de différence à faire entre le tuteur et le père administrateur légal. D'ailleurs, la prescription, la transaction et la dispense valablement accordée sont les seules causes qui puissent exempter un comptable de l'obligation de rendre son compte : peu importe qu'il l'ait déjà présenté dans une instance antérieure, si elle n'a pas abouti et que ce compte n'ait pas été apuré (Rennes, 6 janv. 1831, D. A. *v° cit.*, n° 38; Bordeaux, 25 janv. 1834, D. A. *v° cit.*, n° 36). 5) Produire son compte, c'est s'avouer comptable et se rendre, par conséquent, non recevable à prétendre qu'on l'a déjà rendu (Civ. cass. 21 juill. 1817; D. A. v° *Jugement*, n° 18).

[5] Les envoyés en possession définitive n'ont pas de compte à rendre, puisqu'ils restituent les biens dans l'état où ils se trouvent (C. civ., art. 132).

[6] Voy. C. civ., art. 125, 389, 469, 497, 549, 803, 813, 828, 1031, 1372, 1447, 1476, 1872, 1937, 1956, 1962, 1993, 2079, 2081, 2085 et 2174. Aj. C. pr. civ., art. 596; Paris, 17 févr. 1821 (D. A. v° *Compte*, n° 277); Bordeaux, 24 mars 1887 (D. P. 88. 2. 144); Paris, 24 janv. 1888 (D. P. 89. 2. 141).

[7] Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 172. Req. 6 févr. 1843 (D. A. v° *Compte*, n° 35). Le subrogé-tuteur ne peut concourir aux actes de gestion du tuteur que dans les cas déterminés par les articles 450, 451, 453 et 470 du Code civil (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, p. 477; voy., sur son rôle en matière d'appel, le tome VI). L'individu pourvu d'un conseil judiciaire conserve l'administration de ses biens, et son conseil n'a d'autre fonction que celle de l'assister dans les actes déterminés par les articles 499 et 513 (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, p. 567).

[8] Les arrêtés de compte ne sont soumis à aucune forme particulière. Ils ne sont pas rédigés en double comme les actes portant convention synallagmatique (Req. 12 mars 1811, D. A. *v° cit.*, n° 204; Aix, 12 juill. 1812, D. A. v° *Obligations*, n° 4009; Orléans, 22 août 1840, D. A. v° *Compte courant*, n° 93; *contrà*, Paris, 4 févr. 1811, D. A. v° *Compte*, n° 203; voy., sur la formalité des doubles, t. II, § **715**). Ils ne sont pas soumis à la formalité du *bon pour* ou *approuvé* (Grenoble, 26 janv. 1826; D. A. *v° cit.*, n° 158; voy., sur cette formalité, t. II, § **716**). Il n'est pas besoin de coter et de parapher chacune des pages dont ils se composent (Req. 3 sept. 1811; D. A. *v° cit.*, n° 210). Il suffit qu'ils énoncent la somme à laquelle s'élève le reliquat reconnu par les deux parties (Req. 20 avr. 1857; D. P. 57. 1. 356). On peut même tenir pour arrêté un compte qui porte comme mention finale que le montant en a été payé, sans ajouter que c'est pour solde (Nancy, 2 mai 1826; D. A. *v° cit.*, n° 151); bien plus, on peut établir

vent s'entendre, il faut recourir à justice[9]. C'est le cas de l'instance en reddition de compte[10] qu'introduit en la forme ordinaire[11] la partie la plus diligente[12] : c'est généralement la partie qui a droit au compte et qui est pressée de l'obtenir[13]; ce peut être aussi le comptable qui a toujours le droit de se libérer[14], surtout s'il est commerçant, car il ne peut se

à l'aide d'un commencement de preuve par écrit la reddition d'un compte dont l'instrument n'est pas produit (Req. 1er mars 1815, D. A. v° *Société*, n° 785; req. 18 juill. 1827, D. A. v° *Compte*. n° 205; voy., sur le commencement de preuve par écrit, *suprà*, § **824**). Enfin, l'article 472 du Code civil (Voy. *suprà*, note 3) ne s'applique qu'aux comptes de tutelle : tous les autres comptes sont acceptés valablement sans que le rendant en ait remis les pièces justificatives, à moins que l'oyant n'ait fait de cette remise une condition expresse de son acceptation, ou que cette condition ne résulte implicitement des circonstances du fait (Civ. cass. 7 juill. 1812, D. A. *v° cit.*, n° 83; *contrà*, Paris, 4 févr. 1811, D. A. *v° cit.*, n° 203). L'annulation d'un arrêté de compte met le rendant en situation de rendre un nouveau compte (Orléans, 22 août 1840; D. A. v° *Compte courant*, *loc. cit.*).

[9] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 22. Bonnier, *op. cit.*, n° 1275.

[10] Elle peut être principale ou incidente, et même se présenter sous forme reconventionnelle. Un très ancien arrêt de la cour de cassation en a décidé autrement, sous prétexte que la demande en reddition de compte ne tend pas à la compensation (Req. 18 déc. 1810; D. A. v° *Compte*, n° 45), mais on a vu t. I, § **396**, que les demandes reconventionnelles ne tendent pas nécessairement à la compensation, et que toutes les prétentions qui servent de défense à l'action principale peuvent se produire sous cette forme; or c'est, évidemment, défendre à la demande principale du créancier que de conclure contre lui à la reddition d'un compte dont la balance peut le constituer débiteur.

[11] Par ajournement ou citation, si la demande est principale; par requête, si elle est incidente (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 46 et 48).

[12] Ou son représentant : il a été jugé qu'un avoué peut demander compte à son confrère des fonds qu'il lui a remis sur l'ordre de son propre client (Req. 14 févr. 1838; D. A. v° *Avoué*, n° 112). On peut encourir des dommages-intérêts pour avoir demandé un compte qui n'était pas dû (Liège, 3 févr. 1824; D. A. v° *Compte*, n° 42), par application du principe qui régit les demandes reconventionnelles en dommages-intérêts fondées sur la demande principale elle-même (Voy. t. I, § **396**). La demande est dirigée contre le comptable en personne : s'il est présumé absent, le tribunal commet un notaire pour le représenter (C. civ., art. 113); s'il est déclaré absent, le compte est rendu à sa place par les envoyés en possession de ses biens ou par son conjoint présent commun en biens (C. civ., art. 134).

[13] Ou ses créanciers (C. civ., art. 1166; t. I, § **310**). Si ce compte est dû à plusieurs personnes, la priorité se détermine entre elles conformément à l'article 967 (Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1850; voy. t. I, § **317**, note 1).

[14] De même que le débiteur peut faire des offres réelles suivies de consignation au créancier qui refuse sans motifs d'accepter le paiement (C. civ., art. 1257 et suiv.; voy. le tome VII), de même il a le droit d'imposer la reddition de compte au créancier qui s'y refuse (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 150) : prétention d'autant mieux fondée que ses biens, s'ils sont grevés d'hypothèque, le resteront jusqu'à l'apurement du compte (Req. 12 févr. 1814; D. A. *v° cit.*, n° 75), et que lui-même, s'il est héritier bénéficiaire, sera tenu, faute d'avoir rendu compte, sur ses biens personnels et *ultrà vires hereditatis* (Civ. rej. 17 avr. 1839; D. A. *v° cit.*, n° 128).

faire réhabiliter après faillite que s'il a rendu ses comptes[15]. Sur cette demande qui s'instruit, suivant les cas, dans la forme ordinaire ou sommairement[16], le tribunal a trois partis à prendre : 1° rejeter la demande, s'il estime qu'il n'y a pas lieu à compter[17]; 2° arrêter lui-même le compte, s'il en a sous la main les éléments[18]; 3° dire qu'il sera rendu compte, dans quel délai, et devant qui[19]. Ce peut être un

[15] C. comm., art. 612. Bioche ajoute que le comptable qui n'a pas rendu compte n'est pas admis non plus au bénéfice de cession de biens (*Op. et v° cit.*, n° 3). Cette décision n'a d'intérêt que dans les cas très rares où la cession de biens existe aujourd'hui, et en supposant, chose encore plus rare, qu'il y ait, dans ces mêmes cas, matière à reddition de compte (Voy., sur l'utilité que la cession de biens peut présenter aujourd'hui, le tome IV).

[16] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 53. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1849. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. II, n° 789. L'article 529 suppose que le compte est dû à plusieurs personnes : il prescrit, dans une vue d'économie, qu'elles ne nommeront qu'un seul avoué lorsqu'elles auront le même intérêt; que, faute par elles de s'entendre sur le choix, le plus ancien occupera pour elles toutes; et que, si chacune d'elles en a néanmoins constitué un, les frais occasionnés par cette constitution particulière demeureront à sa charge. Cet article, également applicable au cas où la demande en reddition de compte est formée par le comptable, et au cas où elle émane des personnes auxquelles il doit rendre compte (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 52), ne précise pas suffisamment ce qu'il faut entendre par *le même intérêt*, et ne prévoit pas le cas où ceux auxquels le compte est dû auraient des intérêts distincts, 1° *Le même intérêt* ne signifie pas nécessairement un intérêt identique; il veut dire seulement que les personnes qui ont droit au compte ont des intérêts communs sur un ou plusieurs points, et n'ont d'intérêt opposé sur aucun (Favard de Langlade, *op. cit.*, v° *Compte*, § I, n° II; Bioche, *op. et v° cit.*, n° 51; Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1852; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*). 2° Voy., sur le cas où les personnes qui agissent ou qui sont poursuivies en reddition de compte représentent des intérêts contraires, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 52; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*

[17] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 54 et 55. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* C'est ce qu'il fera notamment, si le comptable poursuivi produit immédiatement son compte et les pièces à l'appui, et justifie par-là que c'est lui qui se trouve créancier : le tribunal condamnera le défendeur, séance tenante, à payer au comptable le montant de la balance qui existe en faveur de ce dernier (Req. 3 therm. an IX, D. A. v° *cit.*, n° 115; Paris, 29 janv. 1818, D. A. v° *cit.*, n° 85). On ne peut plus dire alors que le comptable qui n'a pas rendu son compte soit présumé débiteur.

[18] Req. 6 août 1833 (D. A. v° *Expert*, n° 49). Req. 8 févr. 1837 (D. A. v° *Frais*, n° 112). Civ. rej. 19 déc. 1853 (D. P. 54. 1. 25). Req. 3 mars 1874 (D. P. 74. 1. 483). Paris, 25 févr. 1876 (D. P. 76. 2. 233). Req. 13 janv. 1880 (D. P. 80. 1. 340). Civ. rej. 23 mai 1882 (D. P. 83. 1. 409). Aj., pour le cas où le comptable fait défaut, et dans le même sens, Paris, 2 déc. 1876 (D. P. 78. 2. 12); req. 24 janv. 1877 (D. P. 78. 1. 125). En ce sens, l'observation des règles posées par les articles 531 et suivants en matière de reddition de compte (Voy. *infrà*, §§ **1221** et suiv.) n'est pas requise à peine de nullité; mais, comme ce point a souffert quelque difficulté, la commission de 1865 proposait de dire expressément que le tribunal pourrait statuer immédiatement, s'il avait entre les mains les éléments du compte demandé (Greffier, *op. cit.*, p. 86).

[19] « Tout jugement portant condamnation de rendre compte fixera le délai

notaire, si les parties y consentent[20]; dans le cas contraire, ce ne peut être qu'un juge-commissaire[21] devant qui le compte sera rendu dans les formes expliquées aux §§ **1221** et suivants[22].

« dans lequel le compte sera rendu, et commettra un juge » (Art. 530). Il doit, comme tous les jugements, être motivé (Angers, 10 janv. 1838; D. A. *v° cit.*, n° 69). L'indication du juge-commissaire et du délai dans lequel le compte sera rendu par-devant lui n'est pas requise à peine de nullité : cette omission peut être réparée par un second jugement (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 56 et 63; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1852 *bis;* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.;* Rodière, *op. et loc. cit.*; Rennes, 29 juin 1813, D. A. *v° cit.*, n° 61; req. 11 nov. 1828, D. A. *v° cit.*, n° 58; civ. rej. 25 mars 1835, D. A. *v° cit.*, n° 59). Deux difficultés se sont élevées sur ce jugement. 1° Peut-il accorder immédiatement une provision à la partie au profit de laquelle il est rendu, prendre des mesures comminatoires contre le comptable qui ne rendrait par ses comptes dans le délai qui lui est fixé, le condamner d'ores et déjà au paiement de la somme qui lui est demandée, et ordonner d'avance qu'à l'expiration de ce délai ses biens seront saisis et vendus jusqu'à concurrence d'une somme que le tribunal arbitrera? La raison de douter se trouve dans l'article 534, qui ne semble autoriser ces mesures qu'à l'égard du comptable qui a laissé passer le délai qui lui était imparti (Voy. *infrà*, § **1225**). Je ne vois cependant pas d'inconvénient à ce qu'on prenne contre lui les mêmes mesures au moment où on le condamne à rendre compte dans tel délai : elles ont l'avantage d'économiser les frais d'un second jugement, et, étant comminatoires, elles ne font de mal à personne (Voy., sur cette question, Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 69 et 70; Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1870; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 173; Bruxelles, 30 mai 1808, D. A. v° *Compte courant*, n° 35; Bruxelles, 24 juin 1812, D. A. v° *Compte*, n° 66; Poitiers, 2 mars 1832, D. A. *v° cit.*, n° 101). J'irais même plus loin : s'il était d'ores et déjà évident que le solde du compte non encore rendu doit se solder contre le comptable, j'autoriserais le tribunal à accorder à la partie à laquelle ce compte est dû une provision proportionnée à ses besoins, immédiatement exigible, et naturellement imputable sur le montant de sa créance (Voy., sur ce point, Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 67 et 68; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1868 *bis;* civ. rej. 17 août 1853, D. P. 54. 1. 382). 2° Le jugement qui ordonne de rendre compte est-il interlocutoire? Je réponds, par application du principe posé *suprà*, § **1045** : 1° qu'il est interlocutoire, s'il a été précédé d'un débat contradictoire; 2° qu'il en est autrement, si le tribunal l'a rendu d'office ou à la requête de la partie qui demandait compte, et sans que le comptable y contredît. J'ajoute que, s'il est interlocutoire, il ne lie pas le juge, lequel reste maître de décider par un second jugement que le comptable n'est point débiteur (Voy., sur cette question et en sens divers, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 59, Rodière, *op. et loc. cit.*, Bonnier, *op. cit.*, n° 1279, req. 22 févr. 1842, D. A. v° *Chose jugée*, n° 170; aj. *infrà*, § **1137**). Le jugement qui ordonne de rendre compte emporte-t-il hypothèque judiciaire? Voy., sur ce point, *infrà*, § **1123**. *Quid* des dépens en cette matière? Voy., sur ce point, *infrà*, § **1228**.

[20] Civ. rej. 23 mai 1882 (D. P. 83. 1. 409).

[21] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 64. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1853 *bis*. Req. 6 juin 1820 (D. A. v° *Compte*, n° 68). Peu importe qu'il n'ait pas siégé au jugement (Bioche, *op., v° et loc. cit.;* Metz, 24 nov. 1809, D. A. *v° cit.*, n° 53). Si la personne au nom de laquelle il est demandé compte est présumée absente, un notaire chargé de la représenter pourra être adjoint au juge-commissaire (C. civ., art. 113; Bioche, *op. et v° cit.*, n° 66).

[22] Art. 530. Voy., sur la compétence en cette matière, t. II, § **474**.

§ **1077**. C. Il y a lieu à restitution de fruits[1] toutes les fois qu'une personne a joui d'une chose frugifère qui ne lui appartenait pas; le tribunal doit, aux termes de l'article **129**, ordonner qu'ils seront restitués de la manière qui sera indiquée au § **1239**[2], mais cette manière de procéder n'est pas prescrite à peine de nullité[3]. D'une part, cette condamnation doit s'exécuter conformément à la loi[4], sans que le tribunal ait besoin de le dire, et par cela seul qu'elle a été prononcée. D'autre part, rien n'empêche de liquider immédiatement les fruits[5], si l'on trouve dans l'aveu du défendeur[6] ou dans les pièces du procès[7] les éléments nécessaires pour procéder à cette opération[8]; on peut même, si les parties y consentent, les renvoyer devant un notaire[9].

§ **1077**. [1] Ce n'est pas le lieu d'expliquer ici quelles personnes gagnent les fruits et quelles autres les restituent, la distinction des fruits naturels et des fruits civils, celle du possesseur de bonne foi qui fait les fruits siens jusqu'à ce que la demande en restitution soit formée contre lui, et du possesseur de mauvaise foi qui doit les restituer à compter du jour même où il a commencé à les percevoir (Voy. seulement, sur les articles 549 et 550 du Code civil, Duranton, *op. cit.*, t. IV, nos 350 et suiv., Demolombe, *op. cit.*, t. IX, nos 590 et suiv., Aubry et Rau, *op. cit.*, t. II, p. 267 et suiv., Demante, *op. cit.*, t. II, nos 383 *bis*-I et suiv., Marcadé, *op. cit.*, t. II, nos 410 et suiv., Valette, *Cours de Code civil*, t. II, p. 116 et suiv., Laurent, *op. cit.*, t. VI, nos 203 et suiv., Dalloz et Vergé, *Code civil annoté*, art. 549, nos 1 et suiv.; et, sur l'effet de la demande en justice relativement aux fruits, t. II, § **666**).

[2] C'est en ce sens qu'on dit que le jugement qui condamne une partie à rendre des fruits ne les liquide pas, et renvoie seulement les parties à compter (Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. II, no 785).

[3] Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 169. Req. 5 févr. 1828 (D. A. v° *Obligations*, no 193). Req. 24 mai 1841 (D. A. v° *Compte*, no 60).

[4] Bioche, *op. et v° cit.*, no 57. Rodière, *op. et loc. cit.*

[5] Il pourra aussi prendre la moyenne entre les évaluations du demandeur et celles du défendeur (Bioche, *op. et v° cit.*, no 55).

[6] Bioche, *op. et v° cit.*, no 54. Civ. rej. 30 mars 1831 (D. A. v° *Propriété*, no 370). Civ. cass. 15 janv. 1839 (D. A. v° *Obligations*, no 1422). Civ. rej. 22 août 1865 (D. P. 65. 1. 359).

[7] Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1884. Rodière, *op. et loc. cit.* Civ. cass. 20 déc. 1819 (D. A. v° *Compte*, n° 71). Civ. cass. 6 août 1822 (D. A. v° *cit.*, no 22). Req. 1er juin 1826 (D. A. v° *Vente*, no 53). Req. 27 juin 1849 (D. P. 50. 5. 215). Req. 23 févr. 1859 (D. P. 59. 1. 386). Req. 12 déc. 1882 (D. P. 83. 1. 188). *Contrà*, Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. II, no 78.

[8] La cour de cassation a été plus loin le 16 novembre 1874 (D. P. 76. 1. 393) et le 23 mai 1882 (D. P. 83. 1. 409). Elle a jugé que le tribunal ne doit pas ordonner une reddition de compte dans les formes indiquées *infrà*, §§ **1221** et suivants, quand les documents de la cause lui permettent de liquider immédiatement la condamnation.

[9] Civ. rej. 23 mai 1882 (D. P. 83. 1. 409).

§ **1078**. D. Certains jugements ordonnent qu'une caution sera fournie. Tantôt les parties en sont convenues, puis une contestation surgit qui les force à plaider, et le tribunal prescrit d'exécuter la promesse de donner caution[1]; tantôt la loi oblige une personne à donner caution, et le tribunal l'y condamne attendu sa résistance, ou surseoit à statuer jusqu'à ce qu'elle se mette en règle sur une contestation où elle est partie[2]; tantôt, enfin, c'est le tribunal lui-même qui, de par l'autorité qui lui appartient, condamne une partie à donner caution[3], ou ne lui adjuge sa demande qu'en l'obligeant à fournir caution de restituer, le cas échéant, l'objet qui va lui être remis[4]. La caution est conventionnelle dans le premier cas[5], légale dans le second[6], judiciaire dans le troisième[7]. Les tribunaux de première instance, les tribunaux

§ **1078**. [1] Voy. notamment, sur cette hypothèse, C. civ., art. 2020.

[2] Voy. C. civ., art. 16, 120, 123, 124, 601, 626, 771, 807, 1518 et 2185-5°; C. pr. civ., art. 166, 167, 542, 832, 992 et 993; C. comm., art. 120, 151, 152, 231, 346 et 384; C. instr. crim., art. 114; L. 15 juin 1872, art. 5.

[3] En admettant que les tribunaux aient ce droit (Voy., sur ce point, Laurent, *op. cit.*, t. XXVIII, n° 182).

[4] C'est ce qui arrive, notamment, en cas d'exécution provisoire (Art. 17, 135, 155 et 439; voy., sur l'exécution provisoire, le tome VI). Aj. art. 417 (*Suprà*, § **1019**).

[5] Les jugements qui condamnent à fournir caution en exécution d'une obligation conventionnelle ne changent pas le caractère du cautionnement : il ne devient pas judiciaire (Aubry et Rau, *op. cit.*, 4e éd., t. IV, p. 678; Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. VIII, n° 273; Laurent, *op. cit.*, t. XXVIII, n° 183; Pont, *op. cit.*, t. II, n° 434; Bioche, *op. cit.*, v° *Caution*, n° 3; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. II, n° 780; *contrà*, Duranton, *op. cit.*, t. XVIII, n° 385). Cette observation n'a plus d'intérêt au point de vue de la contrainte par corps, depuis que la loi du 22 juillet 1867 (Art. 1) a abrogé l'article 2040 (al. 2) du Code civil, aux termes duquel les cautions judiciaires devaient être contraignables par corps (Voy. le tome IV); mais il est encore utile, à deux points de vue, de constater qu'une caution reste conventionnelle et ne devient pas judiciaire : 1° les cautions conventionnelles jouissent, en principe, du bénéfice de discussion qui est refusé aux cautions judiciaires (C. civ., art. 2021 et suiv., et 2042); 2° le débiteur qui a promis de fournir caution ne peut offrir à la place une autre sûreté, au lieu qu'une personne tenue de fournir une caution judiciaire, et impuissante à en trouver une, peut la remplacer par un nantissement suffisant (C. civ., art. 2041).

[6] Le cautionnement fourni en vertu de la loi ne devient pas non plus judiciaire parce qu'un jugement a ordonné de le fournir (Voy., en ce sens, les autorités citées à la note précédente); mais cela n'a d'intérêt qu'au point de vue du bénéfice de discussion, auquel les cautions légales ont droit, comme les cautions conventionnelles, à l'exclusion des cautions judiciaires (C. civ., art. 2021 et suiv., et 2043). La caution légale peut être remplacée, comme la caution judiciaire, par un nantissement suffisant (C. civ., art. 2040).

[7] Voy. art. 135, 155 et 417; L. 25 mai 1838, art. 11. Il existe encore une espèce de cautionnement administratif dans le cas de l'article 273 du Code pénal : « Les vagabonds nés en France pourront, après un jugement même passé en

de commerce et les juges de paix peuvent ordonner de fournir caution, chacun suivant la nature de sa juridiction et dans les limites de sa compétence[8]; mais on ne voit pas dans quels cas les conseils de prud'hommes pourraient le prescrire. D'une part, si un ouvrier avait promis de donner caution à son patron, et réciproquement, les contestations nées de cet engagement seraient portées au tribunal de première instance[9]; d'autre part, le décret du 11 juin 1809, aux termes duquel les jugements des conseils de prud'hommes sont exécutoires par provision sans caution[10], écarte de cette procédure spéciale le plus fréquent des cautionnements judiciaires[11]. Les jugements qui ordonnent de fournir caution fixent, à moins que la loi n'ait pris soin de le faire[12], les délais dans lesquels elle sera présentée puis acceptée ou contestée[13]. La durée de ces délais est laissée à l'appréciation des juges[14]; s'ils ont omis de la fixer, un jugement postérieur peut réparer cet oubli[15]. Il est même admis que le tribunal qui déclare son jugement exécutoire par provision, à charge de donner caution[16], n'a pas à fixer le délai dans lequel elle sera fournie : on peut compter que la partie qui a obtenu le jugement s'empressera de fournir caution pour pouvoir l'exécuter[17].

§ **1079**. E. J'ai dit au § **1006** que l'article 25 s'applique au juge aussi bien qu'aux parties, et que ni le juge de paix

« force de chose jugée, être réclamés par délibération du conseil municipal de « la commune où ils sont nés, ou cautionnés par un citoyen solvable » (Voy., sur cet article, Pont, *op. cit.*, t. II, n° 433).

[8] Voy., pour les tribunaux de commerce et les juges de paix, art. 417, les articles du Code de commerce cités *suprà*, note 2, et L. 25 mai 1838, art. 11. Voy., sur la compétence *ratione materiæ* de ces deux juridictions, t. II, §§ **421** et suiv., **435** et suiv.

[9] Voy., sur la compétence *ratione materiæ* des conseils de prud'hommes, t. II, § **434**.

[10] Art. 39.

[11] Voy., sur l'exécution provisoire, le tome VI.

[12] Le délai est de trois jours en cas de surenchère et en matière de bénéfice d'inventaire (Art. 832 et 993; voy., sur ces deux procédures, le tome VIII).

[13] Voy., sur ces deux opérations, *infrà*, §§ **1242** et **1243**.

[14] Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1825. Bonnier, *op. cit.*, n° 1262.

[15] Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 164.

[16] Voy., sur cette hypothèse, le tome VI.

[17] Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1824. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, n° 781. Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 165.

en première instance, ni le tribunal de première instance en appel n'ont le droit de cumuler le possessoire et le pétitoire. Le juge du possessoire ne peut, en effet, juger le fond du droit, ou même statuer sur la possession par des raisons tirées exclusivement de la propriété : si les parties se sont abstenues de conclure au fond, il prononcerait *ultrà petita* en y jugeant[1]; si elles y ont conclu, il cumulerait le possessoire et le pétitoire en faisant droit à leurs conclusions[2]. Quelle en serait la conséquence, et qui pourrait se plaindre de cette violation des principes? On le verra au tome VI de ce Traité, à propos de la requête civile et du pourvoi en cassation[3].

§ **1080**. *a*. Statuer sur le fond du droit, c'est cumuler le possessoire et le pétitoire; or c'est statuer sur le fond du droit que de préjuger la question de propriété de telle manière que ce jugement, s'il passait en force de chose jugée, mettrait obstacle au libre exercice de l'action pétitoire[1]. C'est donc, avant tout, une question de chose jugée qui s'agite ici, et, comme il est de principe que la chose jugée ne résulte pas des motifs mais seulement du dispositif du jugement[2], il faut en conclure : 1° que le juge du possessoire le cumule avec le pétitoire, en statuant dans le dispositif de son jugement soit sur la propriété seule, soit à la fois sur la possession et sur la propriété; 2° qu'il ne commet pas cette erreur, en fortifiant par des motifs tirés du fond du droit un jugement dont le dispositif est consacré tout entier à la possession[3]. Ne com-

§ **1079**. [1] Voy., sur ce vice des jugements, le tome VI.

[2] Voy., sur la défense de cumuler le possessoire et le pétitoire, en tant qu'elle s'adresse aux parties, *suprà*, §§ **1006** et suiv. Il résulte d'un arrêt de la cour de cassation (Civ. rej. 25 avr. 1894; D. P. 96. 1. 12) que cette défense est de pur intérêt privé, et que les parties peuvent autoriser d'un commun accord le juge du possessoire à statuer au fond.

[3] Le vice d'*ultrà petita* donne ouverture à requête civile, et le cumul du possessoire et du pétitoire ouverture à cassation. Aj., sur les actions auxquelles s'appliquent les règles ci-après, *suprà*, § **1007**.

§ **1080**. [1] Aubry et Rau, *op. cit.*, t. II, p. **141**. Voy., sur l'influence de la chose jugée au possessoire sur le pétitoire, *infrà*, § **1129**.

[2] Voy., sur ce principe, *infrà*, § **1126**.

[3] Civ. cass. 18 mai 1813; req. 27 juin 1829 (D. A. v° *Action possessoire*, n° 737). Req. 18 juin 1850 (D. P. 50. 1. 309). Civ. rej. 4 janv. 1854 (D. P. 54. 1. 25). Civ. cass. 17 juill. 1867 (D. P. 67. 1. 312). Civ. cass. 16 août 1869 (D. P. 69. 1. 408). Req. 9 janv. 1872 (D. P. 72. 1. 41). Req. 6 févr. 1872 (D. P. 72. 1. 131).

met-il pas aussi le cumul qui lui est interdit, en jugeant sur la possession par des motifs tirés de la propriété? On le verra dans la suite de ce §, mais ce qui est certain, c'est qu'on ne pourra l'accuser d'avoir statué sur la propriété quand il ne l'aura niée ou affirmée que dans les motifs de son jugement[4]. De ce principe résultent deux séries opposées de conséquences.

1° Il y a cumul du possessoire et du pétitoire, non-seulement quand le juge du possessoire attribue à une partie un droit de propriété ou de servitude[5] — il est peu vraisemblable qu'il se mette en opposition aussi formelle avec la loi — mais aussi lorsqu'il décide que le demandeur, n'étant pas propriétaire, n'a pas le droit d'intenter la complainte ou la réintégrande[6], lorsqu'il évoque le pétitoire sous prétexte que l'appréciation des titres de propriété est un élément indispensable du jugement à rendre sur la possession[7]; lorsqu'il déclare le fonds litigieux imprescriptible[8]; lorsqu'il maintient l'une des parties tout à la fois dans sa possession annale et dans sa possession immémoriale[9]; lorsqu'il statue sur des faits de trouble ou de dépossession antérieurs à plus d'une année[10]; lorsqu'il édicte pour l'avenir un règlement d'eau soi-disant conforme à la possession ou fondé sur les titres produits devant lui[11]; enfin, lorsqu'il déclare le possessoire inséparable du pétitoire, ou surseoit à statuer sur le premier jusqu'à la solution du second. C'est à la fois commettre un déni de justice que de ne pas

Civ. cass. 1er juill. 1872 (D. P. 72. 1. 297). Civ. cass. 28 févr. 1887 (D. P. 88. 1. 30). Civ. cass. 29 juin 1887 (D. P. 88. 1. 485). Civ. cass. 31 juill. 1893 (D. P. 96. 1. 547; S. 96. 1. 134).

[4] Voy., sur ce point, Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*

[5] Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 416. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 78.

[6] Civ. cass. 23 nov. 1826 (D. A. v° *Action possessoire*, n° 751).

[7] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 351 et 353. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 112. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 79. Civ. cass. 29 déc. 1828 (D. A. v° *cit.*, n° 681).

[8] Civ. cass. 16 août 1869 (D. P. 69. 1. 408).

[9] Aubry et Rau, *op. cit.*, t. II, p. 142. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 350. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 123. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 634. Bonnier, *op. cit.*, n° 923. Req. 15 juill. 1829 (D. A. v° *cit.*, n° 729). Civ. cass. 29 août 1836 (D. A. v° *cit.*, n° 805).

[10] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 354. Civ. cass. 15 mai 1878 (D. P. 78. 1. 277).

[11] Aubry et Rau, *op. et loc. cit.* Req. 21 mars 1831 (D. A. v° *cit.*, n° 355). Civ. cass. 6 avr. 1831 (D. A. v° *cit.*, n° 732). Civ. cass. 14 déc. 1841 (D. A. v° *cit.*, n° 413). Civ. cass. 24 févr. 1846 (D. P. 46. 1. 113). Comp. req. 10 juin 1872 (D. P. 73. 1. 133); trib. de Châteaubriant, 30 mars 1882 (D. P. 85. 3. 104).

vouloir prononcer sur une demande pour laquelle on est exclusivement compétent[12], et cumuler le possessoire et le pétitoire que d'affirmer l'indivisibilité de la question de possession et de la question de propriété[13].

2° Par contre, le juge de paix et, en appel, le tribunal de première instance ne cumulent pas le possessoire et le pétitoire, en rejetant la demande attendu que la possession alléguée n'offre pas les conditions requises pour la prescription et également exigées pour agir au possessoire[14]; en maintenant le demandeur qui possède dans sa situation actuelle, attendu qu'il l'occupe depuis un temps immémorial[15]; en admettant la complainte et la réintégrande, attendu que le demandeur est non-seulement possesseur mais encore propriétaire[16]; en discutant la question de propriété pour tirer, à tort ou à raison, de la propriété un argument *à fortiori* en faveur de la possession[17].

[12] Voy., sur le déni de justice, t. I, § **140**.

[13] Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, p. 141 et 142. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 125. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Civ. cass. 29 déc. 1828 (D. A. *v° cit.*, n° 681). Civ. cass. 10 août 1886 (D. P. 87. 1. 35).

[14] Civ. rej. 9 nov. 1825 (D. A. *v° cit.*, n° 743). Cons. d'Ét. 11 janv. 1826 (D. A. v° *Commune*, n° 2307). Civ. rej. 3 déc. 1827 (D. A. v° *Action possessoire*, n° 749). Civ. rej. 3 déc. 1834 (D. A. *v° cit.*, n° 750). Req. 4 juill. 1838 (D. A. *v° cit.*, n° 276). Req. 21 mai 1844 (D. A. *v° cit.*, n° 747). Req. 30 juill. 1845 (D. P. 45. 4. 14). Req. 2 févr. 1848 (D. P. 48. 1. 16). Req. 7 juill. 1852 (D. P. 52. 1. 167). Req. 24 avr. 1866 (D. P. 66. 1. 314). Req. 17 mars 1869 (D. P. 70. 1. 116). Req. 28 févr. 1872 (D. P. 72. 1. 264). Req. 26 mars 1872 (D. P. 72. 1. 402). Civ. rej. 23 avr. 1873 (D. P. 74. 1. 213). Req. 18 janv. 1893 (D. P. 93. 1. 96 : S. 93. 1. 237). Req. 7 août 1894 (D. P. 95. 1. 74; S. 97. 1. 445). Req. 30 oct. 1894 (D. P. 95. 1. 62; S. 96. 1. 123). Req. 18 nov. 1895 (D. P. 96. 1. 304; S. 96. 1. 88). Req. 6 juill. 1896 (D. P. 96. 1. 352; S. 97. 1. 446). Civ. rej. 30 mars 1897 (D. P. 97. 1. 549). Civ. rej. 7 mars 1898 (D. P. 98. 1. 191). Je ne suppose pas qu'il déclare dans son dispositif la possession vicieuse ou le fonds imprescriptible, mais qu'il l'énonce seulement dans ses motifs (Comp. l'arrêt cité *suprà*, note 8).

[15] Req. 31 août 1831 (D. A. *v° cit.*, n° 741). C. cass. de Belgique, 1er avr. 1834; req. 7 juill. 1836 (D. A. *v° cit.*, n° 740). Civ. cass. 22 août 1842 (D. A. *v° cit.*, n° 742). Ou encore, en invoquant, outre les actes de possession accomplis dans l'année, des faits plus anciens qui se rattachent aux premiers par un lien nécessaire (Req. 7 avr. 1894, D. P. 94. 1. 393, voy. *ib.* la note de M. Poncet; trib. de Bazas, 13 août 1894, D. P. 95. 2. 423). Il en serait autrement, s'il déclarait dans son dispositif que le demandeur a possédé de tout temps le fonds ou la servitude en litige (Voy., sur ce point, les autorités citées *suprà*, note 9).

[16] Req. 4 mars 1828 (D. A. *v° cit.*, n° 739). Civ. rej. 31 juill. 1828 (D. A. *v° cit.*, n° 798). Req. 20 mai 1829 (D. A. *v° cit.*, n° 389). Il y aurait cumul du possessoire et du pétitoire, si le juge du possessoire déclarait dans le dispositif de son jugement que telle ou telle partie est propriétaire (Voy. les auteurs cités *suprà*, note 5). J'assimile ici à la complainte la dénonciation de nouvel œuvre qui n'en diffère pour ainsi dire pas (Voy. t. I, § **352**).

[17] Req. 6 déc. 1836 (D. A. *v° cit.*, n° 395). Un jugement ainsi conçu serait

§ **1081**. *b*. On voit par-là qu'un argument puisé dans le fond du droit n'entraîne pas nécessairement le cumul du possessoire et du pétitoire; mais il faut pour cela qu'il soit surabondant, c'est-à-dire qu'il n'ait pas déterminé à lui seul la conviction du juge[1], et ce dernier confondrait sans nul doute le possessoire et le pétitoire s'il ne se déterminait sur la question de possession que par des motifs tirés de la propriété, s'il ne maintenait, en d'autres termes, un possesseur que parce qu'il est propriétaire, ou s'il ne refusait de le maintenir que parce qu'il ne l'est pas[2]. Il cumulerait donc le possessoire et le pétitoire en rejetant la demande par ce motif que le défendeur a usé de son droit en troublant le demandeur[3]:

inexact, car, si la possession fait présumer la propriété, la réciproque n'est pas vraie (Voy. t. I, § **341**); mais il ne cumulerait pas le possessoire et le pétitoire. Voy. encore (Civ. rej. 5 janv. 1892, S. 92. 1. 351; req. 15 juin 1892, D. P. 92. 1. 412, S. 92. 1. 296; req. 21 févr. 1893, D. P. 93. 1. 248, S. 96. 1. 436; req. 23 avr. 1894, S. 96. 1. 215) d'autres exemples de non-cumul du possessoire et du pétitoire.

§ **1081**. [1] Voy., sur ce principe, outre les arrêts cités au § précédent, notes 13 et suivantes qui en font des applications plus ou moins détournées, Aubry et Rau, *op. cit.*, t. II, p. 145; Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 350, 359, 361 et 366; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 118 et 123; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 79; Dorlencourt, *Du cumul du possessoire et du pétitoire* (dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. III, 1853, p. 340 et suiv.); civ. cass. 24 juin 1828 (D. A. *v° cit.*, n° 744); req. 28 juin 1830 (D. A. *v° cit.*, n° 748); req. 6 déc. 1836 (D. A. *v° cit.*, n° 395); req. 27 nov. 1839 (D. A. *v° cit.*, n° 746); req. 7 janv. 1874 (D. P. 75. 1. 111); civ. rej. 16 janv. 1883 (D. P. 83. 1. 129); req. 18 nov. 1895 (D. P. 96. 1. 304; S. 96. 1. 88); req. 21 janv. 1896 (D. P. 96. 1. 550); req. 13 juill. 1896 (D. P. 97. 1. 579).

[2] Voy., sur cet aspect de la question, Aubry et Rau, *op. cit.*, t. II, p. 141; Bioche, *op. et v° cit.*, n° 352; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 123 *bis*; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n°s 416 et 422; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*, civ. rej. 11 août 1819 (D. A. *v° cit.*, n° 775); civ. cass. 17 mai 1848 (D. P. 48. 1. 84); req. 6 janv. 1852 (D. P. 52. 1. 18); req. 8 avr. 1867 (D. P. 67. 1. 396); civ. cass. 11 déc. 1871 (D. P. 71. 1. 273); civ. cass. 1er juill. 1872 (D. P. 72. 1. 297); civ. rej. 30 déc. 1872 (D. P. 73. 1. 138); civ. cass. 20 janv. 1874 (D. P. 74. 1. 151); civ. cass. 15 mai 1878 (D. P. 78. 1. 277); civ. cass. 28 mai 1878 (D. P. 79. 1. 8); civ. cass. 7 avr. 1880 (D. P. 80. 1. 232). civ. cass. 6 mars 1882 (D. P. 83. 1. 104); civ. cass. 26 juill. 1882 (D. P. 83. 1. 348); civ. cass. 14 mars 1883 (D. P. 83. 1. 445); civ. cass. 26 août 1884 (D. P. 85. 1. 58); civ. cass. 25 févr. 1885 (D. P. 85. 1. 408); civ. cass. 10 août et 15 déc. 1886 (D. P. 87. 1. 35 et 102); civ. cass. 15 févr. 1887 (D. P. 87. 5. 11); ch. réun. cass. 15 déc. 1890 (D. P. 91. 1. 164; S. 91. 1. 331); civ. cass. 25 janv. 1893 (D. P. 93. 1. 83; S. 93. 1. 80); civ. cass. 7 mars 1894 (D. P. 94. 1. 236); civ. cass. 13 juin 1895 (D. P. 95. 1. 488); c. sup. just. de Luxembourg, 6 mars 1896 (S. 97. 4. 40); req. 3 août 1897 (D. P. 98. 1. 275; S. 98. 1. 76).

[3] Aubry et Rau, *op. et loc. cit.* Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 352, 355, 356 et 358. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 123 *ter*. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Req. 20 avr. 1824 (D. A. *v° cit.*, n° 753). Civ. cass. 22 août 1849 (D. P. 52. 1. 97). Civ. cass. 4 déc. 1855 (D. P. 56. 1. 23). Civ. cass. 29 déc. 1857 (D. P. 58. 1. 74). Civ. cass. 6 avr. 1859 (D. P. 59. 1. 152). Req. 16 janv. 1868 (D. P. 69. 1. 99). Req. 23 avr. 1872 (D. P. 74. 1. 155). Civ. cass. 30 déc. 1872 (D. P. 73. 1. 138). Civ. cass.

en déclarant qu'il n'y a pas lieu de maintenir une partie en possession d'une servitude de passage, attendu que le passage dont elle jouit peut s'exercer commodément sur un autre point[4]; en ordonnant, malgré cette possession, de rechercher si ce passage ne pourrait pas avoir lieu dans des conditions moins onéreuses pour le propriétaire du fonds servant[5].

§ **1082**. Les principes posés aux précédents §§ fournissent la réponse à la question, très souvent discutée, de savoir si le juge du possessoire a le droit de se livrer à l'examen des titres que le demandeur et le défendeur produisent devant lui au soutien de leurs prétentions respectives. Peut-il faire dépendre de l'appréciation et de l'interprétation des titres la solution du débat portée devant lui? S'il le peut, a-t-il qualité pour procéder lui-même à l'examen de ces titres, ou doit-il le renvoyer devant une autre juridiction, sauf aux parties à revenir devant lui quand cette espèce de question préjudicielle aura été résolue par l'autorité compétente?

§ **1083**. 1° Le premier point comporte une distinction. Le juge du possessoire le cumule avec le pétitoire, s'il fait abstraction de la possession pour juger d'après les titres : il ne peut donc subordonner son jugement sur le possessoire à l'examen de titres d'où il résulterait que telle partie est propriétaire et non pas telle autre, et qu'elle était ou n'était pas dans son droit en portant atteinte à la possession établie[1].

11 juill. 1877 (D. P. 77. 1. 420). Voy., encore, sur deux espèces analogues, civ. cass. 25 juill. 1888 (D. P. 89. 1. 292); ch. réun. cass. 25 févr. 1889 (D. P. 90. 1. 478); civ. cass. 7 mars 1894 (D. P. 94. 1. 236).

[4] Civ. cass. 7 janv. 1867 (D. P. 67. 1. 158). Civ. cass. 23 août 1871 (D. P. 71. 1. 275). Civ. cass. 20 janv. 1874 (D. P. 74. 1. 151).

[5] Civ. cass. 26 avr. 1849 (D. P. 49. 5. 10). Voy., sur des cas analogues en matière de cours d'eau et de mitoyenneté, civ. cass. 7 juin 1853 (D. P. 54. 5. 16) et 29 déc. 1857 (D. P. 58. 1. 74).

§ **1082**...

§ **1083**. [1] Civ. cass. 12 avr. 1813 (D. A. *v° cit.*, n° 34). Civ. cass. 7 août 1833 (D. A. v° *Degrés de juridiction*, n° 562). Civ. cass. 18 août 1851 (D. P. 52. 1. 208). Civ. cass. 8 nov. 1854 (D. P. 54. 1. 414). Req. 22 nov. 1858 (D. P. 59. 1. 127). Req. 6 août 1863 (D. P. 63. 1. 464). Civ. cass. 11 janv. 1865 (D. P. 65. 1. 22). Req. 16 juin 1868 (D. P. 69. 1. 99). Civ. cass. 11 févr. 1885 (D. P. 85. 1. 424). Civ. cass. 8 août 1888 (D. P. 89. 1. 120). Civ. cass. 27 févr. 1889 (D. P. 89. 1. 414). Req. 18 déc. 1889 (D. P. 91. 5. 12; S. 91. 1. 124). Civ. cass. 24 févr. 1892 (D. P. 93. 1. 167). Civ. cass. 15 juin 1892 (D. P. 92. 1. 412; S. 92. 1. 296). Civ. cass. 7 mars 1898 (D. P. 98. 1. 191).

Il en est autrement, s'il s'agit uniquement d'apprécier le caractère, l'étendue et l'efficacité de la possession; de savoir si elle s'exerce *animo domini* ou précairement[2], si le possesseur actuel a succédé à une personne dont il eût le droit de joindre la possession à la sienne[3], si le fonds litigieux n'appartient pas au domaine public de l'État, d'un département ou d'une commune contre qui, par conséquent, l'action possessoire ne pourrait procéder[4]. Dès que la question se pose ainsi, l'examen des titres par le juge du possessoire est une mesure absolument régulière, et qui ne confond en quoi que ce soit le possessoire et le pétitoire, puisqu'il ne s'agit que de déterminer qui possède, dans quelles conditions, et si l'action possessoire est fondée[5]. Bien plus, la vérification

[2] Voy., sur la possession précaire, t. I, § **365**.

[3] Voy., sur la jonction des possessions, t. I, § **367**.

[4] Voy., sur ce point, t. I, § **132**.

[5] Merlin, *Questions de droit*, v° *Servitude*, § XXXV, n° II *bis*. Toullier, *op. cit.*, t. III, n° 716. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. II, p. 142. Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 297 et suiv., et 304. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 112 et 123 *quater*. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n°s 417, 423 et 424. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. et loc. cit.* Henrion de Pansey, *op. cit.*, p. 454 et suiv. Req. 21 déc. 1820 (D. A. v° *Action possessoire*, n° 756). Req. 19 avr. 1825 (D. A. *v° cit.*, n° 331). Req. 7 mai 1829 (D. A. *v° cit.*, n° 454). Req. 3 mai 1831 (D. A. *v° cit.*, n° 790). Req. 20 mai 1832 (D. A. *v° cit.*, n° 789). Civ. rej. 26 juill. 1836 (D. A. *v° cit.*, n° 159). Civ. rej. 12 déc. 1836 (D. A. *v° cit.*, n° 601). Req. 18 mars 1840 (D. A. *v° cit.*, n° 791). Req. 9 déc. 1840 (D. A. *v° cit.*, n° 700). Req. 17 nov. 1841 (D. A. *v° cit.*, n° 755). Req. 9 juill. 1844 (D. P. 45. 4. 14). Civ. rej. 8 avr. 1846 (D. P. 46. 1. 146). Req. 6 juin 1853 (D. P. 53. 1. 250). Civ. cass. 6 déc. 1853 (D. P. 54. 1. 397). Req. 11 août 1856 (D. P. 57. 1. 36). Civ. cass. 11 févr. 1857 (D. P. 57. 1. 55). Req. 17 févr. 1858 (D. P. 58. 1. 297). Req. 22 nov. 1858 (D. P. 59. 1. 127). Req. 21 janv. 1862 (D. P. 62. 1. 361). Req. 6 août 1863 (D. P. 63. 1. 464). Req. 16 janv. 1865 (D. P. 65. 1. 182). Req. 25 avr. 1865 (D. P. 65. 1. 283). Req. 10 mai 1865 (D. P. 65. 1. 411). Civ. cass. 27 nov. 1865 (D. P. 66. 1. 97). Req. 27 mars 1866 (D. P. 66. 1. 339). Req. 11 nov. 1867 (D. P. 68. 1. 426). Req. 5 avr. 1869 (D. P. 69. 1. 524). Req. 13 avr. 1869 (D. P. 69. 1. 516). Req. 9 janv. 1872 (D. P. 72. 1. 411). Civ. cass. 5 juin 1872 (D. P. 72. 1. 231). Req. 16 juill. 1872 (D. P. 74. 1. 79). Req. 8 déc. 1872 (D. P. 74. 5. 13). Civ. rej. 4 déc. 1872 (D. P. 72. 1. 436). Civ. rej. 22 avr. 1873 (D. P. 74. 1. 214). Civ. rej. 9 juin 1873 (D. P. 74. 5. 17). Req. 7 janv. 1874 (D. P. 74. 1. 464). Civ. rej. 12 août 1874 (D. P. 75. 1. 259). Req. 16 déc. 1874 (D. P. 75. 1. 103). Req. 19 juin 1875 (D. P. 75. 1. 136). Req. 21 mars 1876 (D. P. 78. 1. 121). Req. 7 août 1876 (D. P. 77. 1. 123). Req. 25 avr. 1877 (D. P. 78. 1. 296). Req. 14 mai 1877 (D. P. 78. 1. 39). Civ. rej. 29 janv. 1878 (D. P. 78. 1. 14). Req. 28 déc. 1880 (D. P. 81. 1. 452). Req. 3 janv. 1881 (D. P. 81. 1. 204). Req. 13 juin 1881 (D. P. 83. 1. 300). Req. 19 juill. 1882 (D. P. 82. 1. 340). Civ. cass. 6 mars 1882 (D. P. 83. 1. 104). Req. 19 juin et 19 juill. 1882 (D. P. 83. 1. 463). Civ. cass. 8 janv. 1884 (D. P. 84. 1. 71). Civ. rej. 11 févr. 1885 (D. P. 85. 1. 424). Civ. cass. 13 juill. 1886 (D. P. 87. 1. 74). Req. 12 mars 1890 (D. P. 90. 1. 447; S. 90. 1. 221). Civ. cass. 1er avr. 1890 (D. P. 91. 1. 291; S. 93. 1. 509). Req. 1er juin 1892 (D. P. 93. 1. 150; S. 92. 1. 578). Req. 14 févr. 1893 (D. P. 93. 1. 248; S. 96. 1. 356). Civ. rej. 18 avr. 1893 (D. P. 93. 1. 350; S. 95.

des titres s'impose, et le juge du possessoire ne peut s'en dispenser dans deux cas[6] : 1) quand la position des deux parties est égale au point de vue de la possession, auquel cas il y a lieu de préférer celle des deux qui produit les titres les plus anciens[7]; 2) quand l'action possessoire est intentée au sujet d'une servitude qui ne peut s'établir que par titres, servitude négative qui n'est pas susceptible de possession[8], servitude discontinue dont la possession est entachée de précarité toutes les fois qu'elle n'est pas fondée en titre[9]. Une seule hypothèse donne lieu à controverse, celle où le défendeur au possessoire exciperait de sa qualité personnelle pour prétendre que la possession d'autrui ne lui est pas opposable : tel serait le mineur, représenté bien entendu par son tuteur, mais contre qui la prescription ne court pas[10]; telle serait aussi la femme dotale et non séparée de biens, dont le fonds dotal est imprescriptible[11]. On a soutenu que le juge du possessoire peut,

1. 30). Civ. cass. 29 nov. 1893 (D. P. 94. 1. 405; S. 96. 1. 15). Civ. rej. 33 janv. 1894 (D. P. 94. 1. 238; S. 98. 1. 263). Req. 7 août 1894 (D. P. 95. 1. 74; S. 97. 1. 445). Civ. cass. 10 juin 1896 (D. P. 96. 1. 446; S. 96. 1. 503). Req. 26 oct. 1896 (D. P. 97. 1. 245; S. 97. 1. 447). Req. 3 août 1897 (D. P. 98. 1. 275; S. 98. 1. 76). Comp., sur une question analogue, civ. cass. 10 mai 1897 (D. P. 98. 1. 105; S. 98. 1. 277).

[6] Ces deux cas sont exceptionnels, et le juge du possessoire n'est généralement pas tenu de recourir aux titres, lorsqu'il se déclare suffisamment éclairé par l'état des lieux et les circonstances du fait (Civ. rej. 20 janv. 1863, D. P. 63. 1. 74; req. 11 avr. 1870, D. P. 71. 1. 344).

[7] Pigeau, *op. cit.*, t. I, p. 71. Req. 12 fruct. an X (D. A. *v° cit.*, n° 778). Civ. cass. 16 janv. 1821 (D. A. *v° cit.*, n° 778). Voy. cep. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 112; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*

[8] Aubry et Rau, *op. cit.*, t. II, p. 144. Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 299 et 300. Voy., sur les servitudes négatives considérées au point de vue de la possession, t. I, § **356**.

[9] Aubry et Rau, *op. et loc. cit.* Bioche, *op.*, *v° et loc. cit.* Civ. cass. 15 févr. 1841 (D. A. *v° cit.*, n° 366). Civ. cass. 29 mars 1841 (D. A. *v° cit.*, n° 800). Req. 27 mars 1866 (D. P. 66. 1. 339). Req. 2 mai 1876 (D. P. 78. 1. 63). Req. 21 août 1883 (D. P. 85. 1. 7). Req. 27 janv. 1885 (D. P. 85. 1. 362). Civ. cass. 7 déc. 1885 (D. P. 86. 1. 207). Civ. cass. 9 et 10 août 1886 (D. P. 87. 1. 38). Voy., sur la possession des servitudes discontinues, t. I, § **356**.

[10] C. civ., art. 2252. Voy., sur ce point, t. I, § **359**.

[11] C. civ., art. 1561 et 2255. A moins que la prescription n'ait commencé avant le mariage (C. civ., art. 1561). Je suppose, pour éviter toute difficulté, qu'il s'agit de la prescription acquisitive, car on sait qu'il y a controverse sur le point de savoir si la prescription extinctive de l'action en nullité de l'aliénation du fonds dotal commence à courir à partir de la séparation de biens, ou si elle ne reste pas impossible jusqu'à la dissolution du mariage (Voy. C. civ., art. 1560). Je néglige également la question de savoir si l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité du fonds dotal ont un caractère personnel ou réel, c'est-à-dire si elles s'expliquent par l'incapacité de la femme ou par une sorte de mise hors du com-

sans cumuler le possessoire et le pétitoire, examiner les titres d'où résultent la propriété du mineur ou la dotalité de l'immeuble, et rejeter l'action possessoire s'il est démontré par ces titres que le mineur est véritablement propriétaire ou l'immeuble de la femme réellement affecté de dotalité[12]. Cette opinion repose, je crois, sur une idée fausse. La prescription et les actions possessoires sont deux choses différentes, comme on l'a vu au § **359** : tel immeuble qu'on ne peut acquérir par prescription donne lieu aux actions possessoires, en ce sens que le tiers, qui l'a possédé pendant le temps et aux conditions requis pour la complainte et la réintégrande, peut se faire maintenir ou réintégrer dans sa possession en vue de l'instance pétitoire qui pourra s'engager ensuite : il y invoquerait en vain la prescription, mais il y sera défendeur, et rejettera sur son adversaire le fardeau de la preuve. Dans ces conditions, le juge de l'action possessoire cumulerait le possessoire et le pétitoire, en écartant la demande par une fin de non-recevoir tirée de la minorité du défendeur ou de la dotalité de l'immeuble[13].

§ **1084**. 2° Le juge du possessoire s'apprête à examiner les titres produits devant lui par une partie au seul point de vue des caractères, de l'étendue et de l'efficacité de la possession ; à ce moment, l'autre partie les argue de nullité ou en conteste le sens : le juge du possessoire peut-il statuer sur cet incident? doit-il, au contraire, s'en abstenir et, tout en demeurant saisi du fond, renvoyer l'incident devant une autre juridiction? En principe, il doit statuer, car le juge de l'action est juge de l'exception[1], et le juge de paix lui-même, tout juge d'exception qu'il est, a qualité pour apprécier la valeur et fixer le sens des titres produits devant lui, du moment qu'il ne s'agit pas de changer l'assiette du procès, et de le transporter sur le terrain du pétitoire où le juge du possessoire n'aurait pas le droit de la suivre[2]. Toutefois, l'inter-

merce de l'immeuble affecté de dotalité (Voy., sur ce point, Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. VI, n° 282 *bis*-I et II; Oudot, *Du droit de famille* (Paris, 1867), p. 145 et suiv., 155 et suiv.).

[12] Req. 21 janv. 1862 (D. P. 62. 1. 361).

[13] Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 423.

§ **1084**. [1] Voy., sur ce principe, t. I, §§ **414** et **444**.

[2] Pothier, *De la possession*, n° 90. Demolombe, *op. cit.*, t. XII, n° 946. Aubry

prétation des actes administratifs et des jugements antérieurement rendus par un autre tribunal fait exception à cette règle : le juge du possessoire doit surseoir à statuer jusqu'à ce que l'autorité compétente, tantôt la juridiction administrative tantôt le tribunal qui a rendu le jugement, ait donné l'interprétation qui fait difficulté[3] : il contreviendrait, en la donnant lui-même, soit au principe de la séparation des pouvoirs[4], soit à la règle qui réserve l'interprétation des jugements aux tribunaux qui les ont rendus[5]. Il en serait différemment, et l'on rentrerait dans la règle, si le sens des actes administratifs ou des jugements antérieurs était certain mais leur légalité contestée. D'une part, les tribunaux ne sont pas juges de la validité des jugements par eux rendus, et cette question se règle par voie principale au moyen des recours dont il sera parlé aux tomes V et VI de ce Traité, ou par voie incidente devant les tribunaux où la nullité d'un jugement est opposée par voie d'exception[6]. D'autre part, il est de jurisprudence constante que les tribunaux judiciaires, et particulièrement ceux qui statuent au possessoire, sont juges de la légalité des actes réglementaires invoqués devant eux dans les procès dont ils sont régulièrement saisis[7].

et Rau, *op. cit.*, t. II, p. 143. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 304. Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n°s 417 et suiv. Crémieu, *op. cit.*, n°s 468 et suiv. Civ. cass. 6 juill. 1812 et 17 mai 1820 (D. A. *v° cit.*, n° 761). Req. 7 janv. 1829 (D. A. *v° cit.*, n° 762). Civ. cass. 20 juill. 1836 (D. A. *v° cit.*, n° 785). Req. 16 févr. 1837 (D. A. *v° cit.*, n° 770). Civ. cass. 24 juill. 1839 (D. A. *v° cit.*, n° 763). Req. 25 févr. 1840 (D. A. *v° cit.*, n° 337). Req. 24 févr. 1841 (D. A. *v° cit.*, n° 178). Req. 23 nov. 1841 (D. A. *v° cit.*, n° 764). Req. 8 déc. 1841 (D. A. *v° cit.*, n° 771). Req. 2 févr. 1842 (D. A. *v° cit.*, n° 566). Civ. cass. 6 déc. 1853 (D. P. 54. 1. 397). Req. 11 août 1856 (D. P. 57. 1. 36). Req. 12 avr. 1869 (D. P. 69. 1. 410). *Contrà*, Belime, *op. cit.*, n°s 450 et suiv.; req. 3 févr. 1840 (D. A. *v° cit.*, n° 784); civ. rej. 26 janv. 1841 (D. A. *v° cit.*, n° 410). Comp. req. 16 juill. 1872 (D. P. 74. 1. 79).

[3] Voy., sur la première hypothèse, Aubry et Rau, *op. cit.*, t. II, p. 145, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 306, Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 420, req. 26 déc. 1826 (D. A. *v° cit.*, n° 93), civ. cass. 11 janv. 1827 (D. A. *v° cit.*, n° 614), civ. cass. 11 mai 1831 et 31 juill. 1832 (D. A. *v° cit.*, n° 612). req. 7 juin 1836 (D. A. *v° cit.*, n° 602), req. 30 mars 1841 (D. A. *v° cit.*, n° 94), req. 5 déc. 1842 (D. A. *v° cit.*, n° 91), req. 13 déc. 1854 (D. P. 55. 1. 58); sur la seconde hypothèse, Bourbeau, *op. et loc. cit.*, civ. cass. 9 avr. 1851 (D. P. 51. 1. 92).

[4] Voy., sur la séparation de l'autorité judiciaire et de l'autorité administrative, t. I, §§ **13** et suiv., et particulièrement le § **14**.

[5] Voy., sur ce point, t. II, § **454**, et *infrà*, § **1119**.

[6] C'est, en un sens, l'application de la règle « Voies de nullité n'ont lieu contre « les jugements « (Voy., sur cette règle, le tome V).

[7] Ducrocq, *op. cit.*, t. I, n°s 247 et 607. Cons. d'Ét. 4 juill., 21 août et 13 déc.

§ **1085**. F. L'office du juge en matière possessoire varie suivant l'issue du débat auquel les parties se sont livrées devant lui. Quatre hypothèses peuvent se présenter. 1° Le demandeur a justifié de son droit; il a prouvé que sa possession est ou était légale, qu'il y a été troublé indûment, ou qu'il en a été violemment déjeté. 2° Le demandeur n'a pas justifié de son droit; c'est le défendeur qui a prouvé dans la réintégrande qu'il n'a pas commis de violence, dans la complainte qu'il avait le droit de troubler une possession vicieuse ou remontant à moins d'un an. 3° Les deux parties ont prouvé respectivement qu'elles avaient toutes deux une possession utile au sens de l'article 23. 4° Aucune d'elles n'a pu fournir une preuve suffisante de son droit[1].

§ **1086**. *a*. Le demandeur en complainte peut plaider saisi ou dessaisi, c'est-à-dire ayant encore la possession ou l'ayant perdue.

α. Dans le premier cas, il obtient, s'il justifie de son droit[1] : 1° sa maintenue, avec injonction au défendeur de ne plus le troubler désormais[2]; 2° des dommages-intérêts

1845 (D. P. 46. 3. 33). Req. 4 nov. 1846 (D. P. 48. 1. 54). Civ. rej. 7 juin 1848 (D. P. 48. 1. 121).

§ **1085**. [1] Je rappelle, pour bien préciser la situation, que, devant le juge du possessoire, la preuve ne peut porter que sur la possession et non sur le fond du droit (Voy. *suprà*, § **1008**). Bourbeau suppose un cinquième cas, celui où « le demandeur en complainte, ayant conservé la détention matérielle de la « chose, se pose seul comme possesseur annal » (*Op. cit.*, t. VII, n° 428). J'ai dit t. I, § **350**, qu'une action possessoire suppose nécessairement deux parties qui prétendent l'une et l'autre à la possession, et que l'action intentée par un possesseur contre un tiers qui l'a troublé ou déjeté sans prétendre à la possession, ne peut être qu'une action en dommages-intérêts fondée sur l'article 1382 du Code civil Voy., sur l'intérêt pratique de cette distinction, t. I, *ib.*, note 2.

§ **1086**. [1] Quel intérêt peut-il avoir, étant saisi, à intenter la complainte? Voy. t. I, § **351**.

[2] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 320 et suiv. Req. 30 nov. 1808 et 27 avr. 1814; civ. rej. 26 janv. 1825 (D. A. *v° cit.*, n° 720). Req. 10 mai 1865 (D. P. 65. 1. 411). Req. 10 juin 1872 (D. P. 73. 1. 133). Req. 19 juill. 1882 (D. P. 83. 1. 463). Req. 9 déc. 1889 (D. P. 90. 1. 110). Grenoble, 13 févr. 1891 (D. P. 93. 2. 90; S. 93. 2. 221). Il a cependant été jugé que le juge du possessoire ne peut ordonner une plantation de bornes pour empêcher à l'avenir de nouveaux empiètements (Req. 9 août 1830; D. A. *v° cit.*, n° 364). Voy. encore, sur les diverses mesures que le juge du possessoire peut prescrire pour fixer la situation des parties et prévenir de nouveaux troubles, req. 8 nov. 1836 (D. A. *v° cit.*, n° 69); req. 17 nov. 1844 (D. P. 45. 1. 46); req. 18 juin 1850 (D. P. 50. 1. 309); req. 3 août 1852 (D. P. 52. 1. 198); civ. rej. 17 août 1857 (D. P. 57. 1. 332); civ. rej. 2 déc. 1862 (D. P. 63. 1. 17); civ. rej. 24 août 1870 (D. P. 70. 1. 354).

pour le préjudice que le trouble a pu lui causer[3]; 3° la suspension ou la suppression des travaux qui l'ont troublé, et le rétablissement des choses dans leur premier état[4]. Le juge du possessoire, non-seulement le tribunal de première instance statuant en appel, mais encore le juge de paix statuant en première instance, peut liquider les dommages-intérêts soit dans le jugement s'il possède les éléments nécessaires, soit après coup[5] : la preuve en est dans l'article **27**, aux termes duquel « le juge du pétitoire pourra fixer, pour cette « liquidation, un délai après lequel l'action au pétitoire sera « reçue »[6]. Le juge de paix qui liquide après coup les dommages-intérêts, ne contrevient pas au principe que les juges d'exception ne connaissent pas de l'exécution de leurs jugements[7], car il est reconnu que ce principe concerne uniquement l'exécution proprement dite, et ne s'applique pas aux réceptions de cautions, restitutions de fruits, et liquidations de dépens ou de dommages-intérêts[8]. Quant aux travaux constitutifs du trouble, le juge du possessoire a non-seulement le droit mais encore le devoir d'en ordonner la suspension ou la destruction[9], et ne pourrait s'en dispenser sous prétexte que, dans sa conviction, le défendeur qui succombe au possessoire triomphera au pétitoire : d'abord, il cumule-

[3] Aubry et Rau, *op. cit.*, t. II, p. 161. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 330. Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, p. 437. Civ. rej. 21 avr. 1834 (D. A. *v° cit.*, n° 48). Req. 4 déc. 1843 (D. A. *v° cit.*, n° 683). Req. 17 janv. 1894 (D. P. 94. 1. 208; S. 96. 1. 115).

[4] Aubry et Rau, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 434. Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 80. Cons. d'Ét. 6 déc. 1820 (D. A. *v° cit.*, n° 406). Req. 17 janv. 1822 (D. A. *v° cit.*, n° 733). Civ. cass. 30 janv. 1837 (D. A. *v° cit.*, n° 678). Civ. rej. 11 août 1856 (D. P. 56. 1. 361). Req. 6 déc. 1871 (D. P. 72. 1. 136). Toutefois, si la complainte était fondée sur le trouble résultant de travaux commencés depuis plus d'un an, le juge de paix ne pourrait ordonner que la destruction de la partie des travaux qui remonte à moins d'un an (Civ. cass. 14 févr. 1814, D. A. *v° cit.*, n° 711; voy., sur l'obligation d'agir au possessoire dans l'année du trouble, t. I, § **364**). *Quid*, si les travaux constitutifs du trouble ont été élevés en vertu d'une autorisation administrative? Voy. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. II, p. 162; Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 436.

[5] Bioche, *op., v° et loc. cit.*

[6] Voy., sur ce point, t. I, § **388**.

[7] Voy. t. II, § **453**.

[8] Voy. t. II, § **456**.

[9] Pourrait-il autoriser la continuation des travaux moyennant caution? Cette faculté n'est pas écrite dans la loi, mais elle ne me paraît pas excéder les pouvoirs du juge. La commission de 1865 a proposé un nouvel article, d'après lequel le juge du possessoire pouvait accorder, moyennant caution, un sursis à l'exécution de toutes les condamnations prononcées par lui (Greffier, *op. cit.*, p. 33).

rait le possessoire et le pétitoire en subordonnant l'issue de la première instance au résultat hypothétique de la seconde[10]; ensuite, il priverait le demandeur des avantages du possessoire, en le forçant à se pourvoir au pétitoire pour obtenir la suppression des travaux qui lui font grief[11].

β. Si le demandeur en complainte plaide dessaisi[12], il obtient, outre les dommages-intérêts et la destruction des travaux, le délaissement et la restitution des fruits[13]. Il en est de même du demandeur en réintégrande, sauf qu'ayant subi des voies de fait, il obtient souvent des dommages-intérêts plus élevés[14]. Il résulte des explications données au § **352** que je ne fais pas de différence entre la complainte et la dénonciation de nouvel œuvre, et que le juge de cette dernière action peut ordonner la destruction des ouvrages terminés aussi bien que l'arrêt des travaux en cours d'exécution[15]. Dans tous les cas, le demandeur est présumé propriétaire et n'a plus qu'à attendre l'action pétitoire : il y sera défendeur et dispensé de toute preuve[16].

§ **1087**. *b*. Si le demandeur ne justifie pas de son droit et que le défendeur prouve le sien, c'est ce dernier qui l'em-

[10] Voy., sur ce cumul interdit au juge du possessoire, le § précédent.

[11] Aubry et Rau, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. et loc. cit. Contrà,* Belime, *op. cit.*, n° 367.

[12] Comment peut-il, étant dessaisi, demander sa maintenue? Voy. t. I, § **351**.

[13] Bourbeau, *op. et loc. cit.*, t. VII, n° 437. On appliquera à la liquidation des fruits ce que je viens de dire de celle des dommages-intérêts.

[14] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 332 et 333. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. II, p. 168. Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 434. La contrainte par corps garantissait le paiement de ces condamnations (C. civ., art. 2060-2°) avant la loi du 22 juillet 1867 (Voy. t. I, § **349**, et, sur cette loi, le tome IV). Je trouve ici l'occasion de rectifier la proposition trop absolue que j'ai émise au § **368**, note 9, à savoir que le juge de la complainte n'a pas à prononcer les mêmes condamnations que celui de la réintégrande, relativement aux dommages-intérêts et à la restitution des fruits. Le demandeur en complainte a droit aux fruits lorsqu'il plaide dessaisi; il a toujours droit aux dommages-intérêts quand le trouble causé à sa possession lui a causé un préjudice; les dommages-intérêts seront seulement plus élevés dans la réintégrande, parce qu'elle suppose des voies de fait (Voy. t. I, § **353**).

[15] La jurisprudence est fixée en ce sens, mais les auteurs qui n'admettent la dénonciation de nouvel œuvre qu'à raison de travaux non encore achevés (Voy. t. I, § **352**), ne donnent naturellement au juge que le pouvoir de les suspendre (Voy. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. II, p. 164; Rodière, *op. et loc. cit.*). Peut-il, en les supposant encore en cours, en ordonner la continuation sous caution? Voy. *suprà*, note 10.

[16] Voy., sur cet avantage du succès remporté au possessoire, t. I, § **370**.

porte[1] : les résultats de l'instance diffèrent seulement suivant que ce demandeur a plaidé saisi ou dessaisi. S'il a plaidé saisi — ce qui peut arriver dans la complainte et dans la dénonciation de nouvel œuvre — les avantages de fait et de droit qui sont attachés à la possession passent au défendeur qui triomphe : l'immeuble lui est délaissé, les fruits restitués, les dommages-intérêts payés pour le tort que l'indue possession lui cause; il est présumé propriétaire, et défendeur éventuel, avec dispense de preuve, à l'action pétitoire qui peut s'engager ultérieurement. Si le demandeur a plaidé dessaisi — cela arrive toujours dans la réintégrande, et quelquefois dans la complainte et dans la dénonciation de nouvel œuvre — les choses restent en l'état, le défendeur, maintenu en possession et présumé propriétaire, garde les fruits et est constitué défendeur au pétitoire, et les seuls dommages-intérêts dont il puisse être question sont ceux que le demandeur encourt pour le préjudice qu'a pu causer son action jugée mal fondée[2]. Cette faculté, qu'a le juge, d'attribuer la possession, suivant l'occurrence, au demandeur ou au défendeur rappelle les interdits doubles du droit romain, « *ubi* « *unusquisque tam rei quam actoris partes sustinebat* »[3] : ceux qui offraient ce caractère étaient précisément les interdits *Uti possidetis* et *Utrubi* qui correspondent à notre complainte[4].

§ **1088**. *c*. L'enquête et la discussion des titres ne donnent pas toujours des résultats aussi nets : il arrive souvent que les deux adversaires y font preuve de faits possessoires qui militent en leur faveur. Le juge n'hésitera pas à maintenir chacun d'eux dans sa possession exclusive : 1° si les faits qu'ils invoquent se rapportent à différentes parties du même fonds, si par exemple, Primus en a possédé la partie nord et Secundus la partie sud[1] ; 2° s'il apparaît que les deux parties

§ **1087**. [1] Aubry et Rau, *op. cit.*, t. II, p. 160.
[2] Voy., sur cette distinction et sur les conséquences qu'elle entraîne, t. I, § **370**, et *suprà*, même §.
[3] Gaius, *Comm.* IV, § 160. Voy. aussi Inst. Just., liv. IV, tit. xv, § 7; Dig., L. 2, pr., *De interd.*, XLIII, 1; Accarias, *op. cit.*, t. II, n° 965.
[4] Voy. Inst. Just., *loc. cit.*; Gaius, *loc. cit.* Comp. t. I.

§ **1088**. [1] Req. 4 déc. 1843 (D. A. *v° cit.*, n° 683). Civ. cass. 11 févr. 1857 (D. P. 57. 1. 55).

aient joui de l'objet litigieux sous des rapports différents, que Primus ait profité du sol et Secundus des arbres, ou que Primus ait curé un ruisseau et Secundus fauché les herbes[2]. Mais que faire lorsque, pendant la dernière année[3], les deux parties ont possédé le fonds litigieux dans des conditions identiques, c'est-à-dire exercé ensemble ou successivement sur tout ce fonds le droit de propriété, le droit d'usufruit, ou le même droit de servitude[4]? Si l'une des possessions était fondée en titre et que l'autre résultât seulement de l'enquête, si l'une était très ancienne et que l'autre ne remontât pas à plus d'un an, le juge préférerait assurément la première à la seconde[5]; mais *quid*, si elles sont de même date et d'égale valeur au point de vue des titres? C'est le cas le plus embarrassant pour le juge, car cinq partis s'offrent à lui, et il n'y en a qu'un dont la légalité soit incontestée.

§ **1089**. Il peut, d'abord, appliquant les principes généraux en matière de preuve, déclarer que le demandeur devait, aux termes de l'article 2229 du Code civil, justifier d'une possession non équivoque[1]; qu'il résulte des débats que les deux parties ont ensemble ou tour à tour possédé le fonds li-

[2] Aubry et Rau, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 429.

[3] Je dis *pendant la dernière année*, car, si, pendant cette année, une seule partie avait fait des actes de possession, elle aurait seule la possession légale, et l'autre partie, dont les actes de possession seraient plus anciens, succombèrait nécessairement au possessoire (Voy. t. I, § **367**).

[4] La question se pose aussi bien pour la réintégrande que pour la complainte et pour la dénonciation de nouvel œuvre, si l'on croit, comme moi, que la réintégrande exige la possession annale : en effet, le défendeur qui a commis des voies de fait pourra opposer au demandeur qu'il a eu lui-même, pendant l'année qui précède, une possession égale à la sienne. Si l'on admet, au contraire, avec la jurisprudence que la réintégrande peut être intentée par celui-là même qui ne possédait pas depuis un an à l'époque où il a été violemment déjeté, la question qui s'agite en ce moment ne peut se poser, et le demandeur doit être réintégré par cela seul qu'il a subi des voies de fait, quand même le défendeur prouverait qu'il a fait pendant la dernière année des actes de possession égaux en nombre et en valeur à ceux du demandeur (Voy., sur cette controverse, t. I, § **368**).

[5] « *Nisi in quantum pars adversa probaret ex parte suâ possessionem et « essel conflictus probationum, quia tunc titulata vel antiquior vincit* » (Dumoulin, *Notæ solemnes ad consuetudines gallicas*, sur la coutume du Maine, art. 441, dans ses *Œuvres complètes*, t. II, p. 730; voy., en ce sens, Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 428; Bonnier, *op. cit.*, n° 926).

§ **1089**. [1] Voy., sur le principe que la possession doit réunir, pour donner lieu aux actions possessoires, toutes les conditions requises par l'article 2229 du Code civil, t. I, § **365**.

tigieux pendant le même temps ; que, par suite, la possession du demandeur est équivoque[2]; qu'il doit succomber dans sa demande suivant la règle « *Actori non probante reus absolvi-* « *tur* »[3]; et que la possession, avec les avantages qui y sont attachés, doit appartenir au défendeur[4]. Une autre solution consiste à maintenir les parties dans leur possession commune, attendu qu'elles sont toutes deux à la fois demanderesses et défenderesses ; que chacune d'elles a prouvé la possession qu'elle invoquait ; qu'il n'y a, dès lors, aucune raison pour les sacrifier l'une à l'autre : cela revient à maintenir le *statu quo* ou, comme on dit, l' « *Uti possidetis* », sans rien décider du point de savoir qui devra faire la preuve de sa propriété, et en laissant celle des parties qui revendiquera la première courir, au point de vue de la preuve, les risques du rôle de demandeur qu'elle aura choisi[5]. Un raisonnement inverse peut conduire à une troisième issue du débat, qui, d'ailleurs, ne diffère de la précédente que par les termes : renvoyer les parties à se pourvoir au pétitoire, attendu qu'aucune d'elles n'a justifié d'une jouissance exclusive, que, dès lors, leur possession est équivoque, et qu'il n'y a pas de raisons pour les préférer l'une à l'autre dans le jugement du possessoire[6]. Ce renvoi ayant l'inconvénient de laisser les parties en présence et exposées à la tentation de perpétuer les conflits et peut-être les voies de fait, le juge peut y ajouter — ce sont les deux dernières solutions — le séquestre ou la récréance, employés déjà dans l'ancien droit, où l'on disait que « la complainte contient trois chefs, à savoir le séquestre, la « récréance et la maintenue »[7]. Le séquestre consiste à re-

[2] Voy., sur la possession équivoque, t. I, *ib.*

[3] Voy., sur cette règle, t. II, § **72**.

[4] Rodier, *op. cit.*, p. 251. Aubry et Rau, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 429. Req. 9 juill. 1823 et 23 juill. 1824 (D. A. *v° cit.*, n° 685). Civ. rej. 22 juill. 1868 (D. P. 68. 1. 446).

[5] Aubry et Rau, *op. et loc. cit.* Bioche, *op. et v° cit.*, n° 324. Belime, *op. cit.*, n° 401. Req. 28 avr. 1813 (D. A. *v° cit.*, n° 691). Civ. rej. 8 déc. 1824 (D. A. *v° cit.*, n° 692). Civ. rej. 9 août 1836 (D. A. *v° cit.*, n° 693). Req. 21 avr. 1874 (D. P. 74. 1. 443).

[6] Aubry et Rau, *op. et loc. cit.* Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 111. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit.* Req. 5 août 1812 (D. A. *v° cit.*, n° 695). Req. 17 mars 1819 (D. A. *v° cit.*, n° 696). Req. 6 mars 1822 (D. A. *v° cit.*, n° 697). Civ. rej. 31 juill. 1838 (D. A. *v° cit.*, n° 698). Civ. rej. 5 nov. 1860 (D. P. 60. 1. 490).

[7] Charondas le Caron, sur Bouteiller, *op. cit.*, liv. I, tit. xxx (P. 199). Imbert,

mettre la chose litigieuse, jusqu'au jugement du pétitoire, entre les mains et à la garde d'un tiers qui devra la rendre à celle des parties qui aura triomphé dans cette instance[8]. La récréance consiste à attribuer la possession provisoire à celle des deux qui a le droit le plus apparent ou qui paraît offrir le plus de garanties[9], à charge par elle de rendre les fruits à

Pratique judiciaire, liv. I, tit. XVI (P. 90). Cette formule était d'une exactitude parfaite à l'époque où écrivaient ces deux auteurs. Le séquestre et la récréance étaient alors des chefs distincts de la complainte : le demandeur y concluait expressément ; c'était comme une demande incidente sur laquelle le juge du possessoire statuait avant de faire droit sur la possession elle-même : c'est-à-dire que, si la possession lui semblait très douteuse, il commençait par ordonner le séquestre ou la récréance à titre de mesures provisoires ; puis il statuait sur la question même qui lui était soumise, et ordonnait, suivant le cas, le délaissement de l'immeuble ou la maintenue du possesseur (Du Breuil, *Stilus antiquus supremæ curiæ parlamenti parisiensis*, ch. XVIII, § 11, dans Dumoulin, *Œuvres complètes*, t. II, p. 429 ; Masuer, *Practica civilis*, t. XI, n° 9, p. 161). Cela faisait, en comptant le pétitoire, trois procès sur un seul immeuble, et l'ordonnance de Villers-Cotterets, d'août 1539, fit bien de couper court à ce dédoublement de la procédure possessoire, en disant : « Nous défendons à tous nos juges de faire « deux instances séparées sur la récréance et maintenue des matières posses- « soires ; ains voulons être conduites par un seul procès et moyen » (Art. 59 : Isambert, *op. cit.*, t. XII, p. 612). Le séquestre et la récréance furent désormais des solutions de l'instance possessoire au même titre que la maintenue et le délaissement, c'est-à-dire que le juge du possessoire ordonna : 1° la maintenue ou le délaissement lorsqu'il jugea le droit certain ; 2° le séquestre ou la récréance, lorsqu'il le trouva assez douteux pour n'accorder la possession à aucune des parties, et pour les renvoyer toutes deux à se pourvoir au pétitoire (Pothier, *op. cit.* n° 105). De là vient sans doute qu'il n'en est plus parlé dans l'ordonnance d'avril 1667 (Voy., sur ce point, Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 433 ; Henrion de Pansey, *op. cit.*, p. 433, note 2).

[8] Le séquestre fut d'abord obligatoire pour le juge, « *et istud ne partes ve-* « *niant ad arma et viam facti* » (*Grand coutumier*, liv. II, ch. XXX ; éd. Dareste et Laboulaye, p. 249). « Précaution très sage, dit Henrion de Pansey, dans les « temps où les hommes, presque toujours les armes à la main, regardaient comme « une espèce d'humiliation d'attendre des tribunaux une justice qu'ils pouvaient « se rendre à eux-mêmes » (*Op. cit.*, p. 412). Plus tard, cette prescription coûteuse parut abusive ; le juge eut le droit de ne pas ordonner le séquestre et de le remplacer par la récréance (O. avr. 1453, art. 74, *Ordonnances des rois de France*, t. XIV, p. 300 ; O. août 1539, art. 52 et 58, Isambert, *op. cit.*, t. XII, p. 610 ; arrêt du parlement de Paris de mai 1548, dans Rebuffe, *Commentaire des ordonnances* (Lyon, 1578), p. 179, note *e*). Voy., sur ce point, Pothier, *op. et loc. cit.*, Jousse, *Commentaire de l'ordonnance civile d'avril 1667*, t. I, p. 259. Duparc-Poullain, *op. cit.*, t. X, p. 695 ; et, sur l'usage du séquestre en matière possessoire sous l'empire du Code de procédure, Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*, t. IV, p. 632, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 524, Carré, *op. et loc. cit.*. Bourbeau, *op. et loc. cit.*, Rodière, *op. et loc. cit.*, Bonnier, *op. et loc. cit.*, req. 28 avr. 1813 (D. A. *v° cit.*, n° 691), civ. rej. 31 juill. 1828 (D. A. *v° cit.*, n° 698), req. 11 févr. 1857 (D. P. 57. 1. 252), civ. cass. 5 nov. 1860 (D. P. 60. 1. 490), civ. rej. 7 janv. 1895 (S. 97. 1. 90).

[9] La récréance ou récrédence était l'attribution intérimaire d'un objet litigieux à celle des parties contendantes dont le droit était le plus probable, et qui offrait le plus de garanties au cas où, perdant son procès, elle devrait délaisser la chose, rendre les fruits qu'elle en aurait retirés, et indemniser son adversaire

son adversaire s'il a gain de cause au pétitoire[10], et sans rien préjuger du rôle que chaque partie devra jouer dans cette dernière instance : quel que soit le demandeur, fût-ce le possesseur provisoire qui juge à propos de revendiquer, il devra faire la preuve de sa propriété[11]. Tels sont les cinq partis auxquels le juge du possessoire peut s'arrêter : ce qui distingue surtout le premier des quatre autres, c'est que le jugement qui renvoie le défendeur de la demande le constitue possesseur, lui donne droit aux fruits, et le met à même de prescrire s'il possède assez longtemps pour y arriver[12].

§ **1090**. La légalité du séquestre en matière possessoire n'est pas douteuse[1] : il peut être onéreux à cause des frais

des dégradations qu'elle aurait pu commettre. Cette mesure, applicable d'abord en toute matière, « excepté les cas de créance », et spécialement en cas de réintégrande (Beaumanoir, *op. cit.*, ch. LIII, n° 4; t. II, p. 302), fut restreinte ensuite à la complainte. Elle avait lieu dans deux cas et dans des conditions un peu différentes. 1° En matière bénéficiale, elle était presque de droit, et s'accordait, avant toute enquête, dès que la comparaison des titres faisait naître un doute sérieux sur la possession; c'était « pour obvier à longue vacation des bénéfices » (Imbert, *op. cit.*, liv. I, ch. XXXVII, p. 262; aj. O. juill. 1493, art. 58, *Ordonnances des rois de France*, t. XX, p. 400). 2° En matière civile, elle n'avait lieu qu'après enquête, depuis qu'il était défendu d'en faire l'objet d'une instance séparée (Voy. *suprà*, note 7). Elle tirait son nom de l'obligation imposée au possesseur qui l'avait obtenue de rendre compte (*recredere*, *recredentia*) de la chose, des fruits, et des dégradations qu'elle avait pu subir entre ses mains. Voy., sur la récréance dans l'ancien droit français, Ferrière, *op. cit.*, v° *Récréance*, Rousseaud de Lacombe, *Recueil de jurisprudence canonique et bénéficiale* (Paris, 1755), v° *Récréance*, Bouteiller, *op. et loc. cit.*, Masuer, *op. cit.*, tit. XI, n°s 29 et 31 (P. 167 et 168), Du Breuil, *op. et loc. cit.*, Imbert, *op. et loc. cit.*, Loisel, *op. cit.*, liv. V, tit. IV, n°s 24, 27 et 28, t. II, p. 148 et 149. Pothier, *op. et loc. cit.*; et, dans le droit actuel, Aubry et Rau, *op. cit.*, t. II, p. 161. Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 326 et 327, Carré, *op. et loc. cit.*, Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 432, Rodière, *op. et loc. cit.*, Bonnier, *op. et loc. cit.*, Henrion de Pansey, *op. cit.*, p. 431 et suiv., req. 19 juill. 1830 (D. A. *v° cit.*, n° 686), req. 14 nov. 1832 (D. A. *v° cit.*, n° 688), req. 13 nov. 1839 (D. A. *v° cit.*, n° 686), civ. cass. 5 nov. 1860 (D. P. 60. 1. 490), req. 4 déc. 1882 (D. P. 83. 1. 247), trib. de Dijon, 24 févr. 1897 (D. P. 97. 2. 265). Elle existait en Allemagne sous le nom de *possessorium summarium* ou *summariissimum*, et, sous d'autres noms, en Italie et en Espagne (Voy. de Savigny, *De la possession*, p. 493 et suiv.).

[10] Voy., sur ce point particulier, Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 328 et 329; Bourbeau, *op. et loc. cit.*; et, en sens contraire, les conclusions de M. l'avocat général Laplagne-Barris au sujet d'un arrêt de rejet du 31 juillet 1838 (*Journal de procédure*, t. IV, n° 1274).

[11] Voy., sur ce point, Bioche, *op.*, *v° et loc. cit.*; Carré, *op. et loc. cit.*; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Bourbeau, *op. et loc. cit.*; Rodière, *op. et loc. cit.*

[12] Ce qui n'arrive dans aucun des quatre autres cas (Voy. notamment, sur ce point, en ce qui concerne la récréance, les auteurs cités à la note précédente).

§ **1090**. [1] Trib. de Tunis, 13 janv. 1891; civ. rej. 7 janv. 1895 (D. P. 95. 1. 308; S. 97. 1. 90). Voy. cep. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* L'arrêt de la

de garde qu'il entraîne, mais il rentre expressément dans les termes de l'article 1961 du Code civil : « La justice peut « ordonner le séquestre... d'un immeuble ou d'une chose « mobilière dont la propriété ou la possession est litigieuse « entre deux ou plusieurs personnes ». La récréance est passée aujourd'hui en jurisprudence[2], mais quelques auteurs la désapprouvent. Au temps, disent-ils, où le même juge connaissait du possessoire et du pétitoire[3], c'étaient comme deux phases de la même instance : la récréance ordonnée sur la première était une mesure provisoire et d'instruction prise en vue du jugement de la seconde; mais le juge de paix commet aujourd'hui un déni de justice[4] lorsque, saisi d'une action possessoire, il ne se prononce pas sur la possession dont il est juge, et se borne à décerner la possession intérimaire en vue d'un procès qui ne sera pas porté devant lui[5]. Ce scrupule est exagéré. La récréance est certainement légitime : 1° parce qu'elle n'est, au fond, qu'un séquestre moins coûteux donné à l'une des parties, comme on donne quelquefois au débiteur saisi la garde ou séquestre judiciaire des objets saisis sur lui[6]; 2° parce qu'en l'ordonnant entre parties dont aucune n'a justifié d'une possession exclusive, le juge rend, en définitive, la décision la mieux appropriée aux circonstances. Il commettrait un déni de justice en déclarant que l'incertitude du fait le met dans l'impossibilité de statuer[7]; il n'en commet pas en constatant que, les deux parties ayant justifié de droits égaux à la possession, il n'y a pas de raison pour l'attribuer à l'une plutôt qu'à l'autre, et en les renvoyant dos à dos après avoir pris les mesures convenables pour préserver la tranquillité publique jusqu'au jugement du fond. D'ailleurs, si la récréance pouvait constituer un déni de justice, ce ne serait jamais que dans le cas où c'est

chambre des requêtes, du 9 décembre 1840 (D. A. *v° cit.*, n° 700), n'est pas contraire, en principe, au séquestre : il dit seulement que le juge n'est pas tenu de l'ordonner, lorsqu'il résulte des titres que la possession du demandeur en complainte n'est affectée d'aucun vice, et qu'il y a lieu de l'y maintenir purement et simplement.

[2] Voy. les arrêts cités au § précédent, note 9.

[3] Voy. t. I, § **345**.

[4] Voy., sur le déni de justice, t. I, § **140**.

[5] Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Crémieu, *op. cit.*, n°s 454 et suiv.

[6] Voy. le tome IV.

[7] Voy., sur ce point, t. I, § **140**.

un juge de paix qui l'ordonne; car le tribunal de première instance qui l'ordonnerait en appel ne prendrait par-là qu'une mesure provisoire, en vue du procès sur le fond du droit dont il est juge aussi bien que du possessoire[8]. Les solutions vraiment contestables de l'instance possessoire sont celles qui consistent à renvoyer purement et simplement les parties au pétitoire, ou à donner gain de cause au défendeur par cela seul qu'il est défendeur. La première ne résout rien; la seconde méconnaît le principe que chaque partie est, dans un pareil débat, à la fois demanderesse et défenderesse[9]; aucune des deux ne fait justice du trouble dans le passé, et ne le prévient dans l'avenir[10]. Quant à maintenir à la fois les deux parties, cela se conçoit quand leurs possessions égales en fait reposent sur un même titre, comme celles de deux acheteurs ou de deux cohéritiers, ou que l'objet litigieux se prête à une présomption de copropriété et de copossession, comme un mur, une haie ou un fossé mitoyens : autrement, ce n'est qu'un expédient sans valeur juridique qui ne diffère en rien du renvoi pur et simple au pétitoire[11]. J'en conclus qu'en dehors de ces deux cas où la co-maintenue se comprend et, jusqu'à un certain point, s'impose, c'est le séquestre et la récréance qui conviennent le mieux quand deux parties plaidant au possessoire font valoir des droits égaux à la possession.

§ **1091**. *d*. Reste, enfin, le cas où les parties ne justifient ni l'une ni l'autre d'une possession suffisante. Aucune ne triomphe, aucune ne succombe : si celle des deux qui possède est maintenue, c'est par application de la règle « *In « pari causâ potior est causa possidentis* »[1]; sa possession ne lui donne ni le droit de faire les fruits siens ni celui de prescrire la propriété, et ne lui assure que le rôle de défendeur au pétitoire, pourvu qu'elle ait la prudence d'attendre la revendication de l'adversaire[2].

[8] Comp., sur cette situation, *suprà*, § **1008**.
[9] Voy. *suprà*, § **1088**.
[10] Bonnier, *op. et loc. cit.*
[11] Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 429.

§ **1091**. [1] Voy., sur cette règle, t. I, § **341**.
[2] Bourbeau, *op. et loc. cit.*

§ **1092**. II. L'attribution des dépens consiste généralement à les faire payer par la partie qui succombe[1]. Cet usage existait à Rome[2] sans préjudice des *pœnæ temere litigantium*[3]; il a passé du droit romain dans le droit canonique[4] et dans la pratique des pays de droit écrit[5], mais il ne s'est établi en pays de coutume qu'au XIIIe siècle, quand le combat judiciaire est tombé en désuétude[6]. La condamnation aux dépens n'a rien de commun avec la punition du plaideur téméraire qui est contraire à nos principes. On peut abuser de son droit en le poursuivant avec une âpreté déplacée, en intentant sans intérêt suffisant une action nuisible au crédit ou à la considération du défendeur, en retardant, par une résistance injuste, un jugement dont le demandeur avait un besoin urgent et immédiat, ou en se livrant gratuitement à des imputations injurieuses ou diffamatoires[7]; mais il est toujours

§ **1092**. [1] Art. 130. Ce principe s'applique à toutes les juridictions, spécialement aux tribunaux de commerce (Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. I, n° 322) et en justice de paix; le décret des 18-26 octobre 1790 contenait sur ce point des dispositions formelles (Tit. IX, art. 1 et suiv.; Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 487).

[2] Dig., L. 79, pr., *De jud.* (V, I). Cod. Just., LL. 13, §§ 6, *De jud.* (III, I); 3 et 5, *De fruct. et lit. expens.* (VII, VI).

[3] Inst. Just., liv. IV, tit. XVI, pr. et §§ 1 et suiv. Gaius, *Comm.* IV, §§ 171 et suiv. Accarias, *op. cit.*, t. II, nos 974 et suiv.

[4] Beaumanoir, *op. cit.*, ch. XXXIII, n° 1 (T. I, p. 480). Paul Fournier, *op. cit.*, p. 230.

[5] Loisel, *Dialogue des avocats*, Ire conférence (Dans Dupin, *Profession d'avocat* (Paris, 1832), t. I, p. 175.

[6] Beaumanoir dit encore : « Les despens qui sunt fet en plet ne rent-on pas « par le coustume de le cort laie » (*Op. et loc. cit.*; aj. ch. XLIII, n° 8, t. II, p. 173). L'événement du combat judiciaire, et les amendes payées au seigneur et aux pairs dont on avait mal à propos attaqué le jugement, punissaient suffisamment la partie qui perdait son procès : le proverbe *Les battus paient l'amende* date de cette époque (Loyseau, *Des seigneuries*, ch. XII, nos 67 et suiv.; dans ses *Œuvres complètes*, p. 70). On voit néanmoins dans les Établissements de saint Louis que la condamnation aux dépens existait déjà dans les provinces dont ce livre expose les usages (Liv. I, ch. XCVI; éd. Paul Viollet, t. II, p. 161; voy., sur le caractère de cet ouvrage, *ib.*, t. I, p. 1 et suiv.), et l'ordonnance de janvier 1324 a prescrit partout l'observation de cette règle : « *In omnibus* « *singulis nostris, ac prælatorum, baronum, nobilium et aliorum subditorum* « *nostrum secularibus curiis* » (*Ordonnances des rois de France*, t. I, p. 784). Voy., sur la suppression du combat judiciaire, t. I, § **39**, note 4; sur l'introduction au XIIIe siècle d'une nouvelle forme d'appel dirigée non plus contre le juge, mais contre l'adversaire qui a gagné son procès en première instance, le tome V; et, sur l'origine de la condamnation aux dépens dans l'ancien droit civil français, Boncenne, *op. cit.*, t. II, p. 523 et suiv., Bonnier, *op. cit.*, n° 279, Glasson, *Les sources de la procédure civile française*, p. 67.

[7] On peut, dans trois cas, être condamné à des dommages-intérêts en vertu

légitime d'exercer une action et, à plus forte raison, d'y défendre. La partie qui succombe n'est donc soumise, de ce seul chef, à aucune peine : elle doit seulement — la condamnation aux dépens n'a pas d'autre objet — indemniser son adversaire du dommage qu'elle lui a causé en l'obligeant à se mettre en frais, pour soutenir une juste demande ou pour défendre à une demande qui ne l'était pas[8]. L'amende encourue par le signataire d'un acte sous seing privé qui a dénié sa propre écriture[9], ou par le demandeur en inscription de faux qui succombe dans cette demande[10], et les amendes d'appel, de requête civile, de pourvoi en cassation et de prise à partie, dont il sera parlé au tome VI de ce Traité, sont des dispositions exceptionnelles. Enfin, si l'attribution des dépens à la partie gagnante ne répare pas entièrement le préjudice que le procès lui a causé, elle peut conclure, en outre, à des dommages-intérêts[11] : c'est l'objet, de la part du défendeur, de la demande reconventionnelle en dommages-intérêts « fondée sur la demande principale elle-même »[12]. Le tribunal qui ne trouve pas cette demande entièrement justifiée peut, sans la rejeter d'une manière absolue, décider que les dépens accordés à la partie qui triomphe lui tiendront lieu de dommages-intérêts[13] : l'article 137 le sup-

de l'article 1382 du Code civil (Voy. sur ce point, t. I, § **289**, note 7), mais les dépens peuvent aussi être alloués comme dommages-intérêts, c'est-à-dire considérés par le tribunal comme une indemnité suffisante du préjudice allégué par la partie gagnante (Voy., sur ce point, *infrà*, même §).

[8] Boncenne, *op. cit.*, t. II, p. 522. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 273; Bouisson, *De la condamnation aux dépens* (Dans la *France judiciaire*, t. IV, 1881, 1e part., p. 409). Les dépens sont-ils une créance distincte de celle qui a pour objet la chose litigieuse? Voy., pour l'affirmative, un arrêt de la cour de Grenoble, qui en conclut qu'ils ne peuvent être exigés avant l'expiration des délais accordés au débiteur pour satisfaire à la condamnation principale portée contre lui (20 mars 1868, D. P. 68. 5. 238; comp., sur ces délais, le tome IV); et, pour la négative, un arrêt de la cour de cassation (chambre civile) qui en tire cette conséquence, que le droit d'obtenir les dépens auxquels la partie adverse a été condamnée survit à une loi qui paralyserait l'exécution du jugement quant au fond (4 germ. an XIII; D. A. v° *Frais*, n° 49).

[9] Voy. t. II, § **801**.

[10] Voy. t. II, § **811**.

[11] Bioche, *op.*, v° *et loc. cit.* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 294. Rodière, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. et loc. cit.* On en trouvera une première application dans l'article 132 (Voy. le § suivant), et d'autres aux §§ **1204** et suivants à propos de la liquidation des dépens.

[12] Voy. t. I, § **396**.

[13] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 52. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 585

pose[14], et l'on verra au § **153** le caractère particulier des dépens ainsi adjugés. L'assistance judiciaire, dont j'ai parlé au § **513**, facilite aux indigents l'exercice de leurs droits en les dispensant d'avancer les frais de justice, et quelquefois de les payer.

§ **1093**. L'obligation de payer les dépens ne va pas de soi comme sous l'ordonnance de 1667, qui permettait de les taxer « en vertu de notre présente ordonnance, encore qu'ils « n'eûssent été adjugés »[1]. Il faut : 1° que la partie perdante y soit condamnée, car l'article 130 dispose que « toute partie « qui succombera sera condamnée aux dépens », et l'on pourrait supposer, dans le silence du jugement, que le tribunal a compensé les dépens suivant les règles posées aux §§ **1102** et suivants[2]; 2° que la partie perdante y ait conclu, car les jugements sont passibles de requête civile, comme on le verra au tome VI de ce Traité, toutes les fois qu'ils accordent aux parties ce qu'elles n'ont pas demandé[3]. Le premier point n'a jamais fait doute, mais le second est sérieusement controversé, et la jurisprudence le résout même en sens con-

octies. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. et loc. cit.* Req. 14 juill. 1857 (D. P. 57. 1. 398). Req. 25 juill. 1870 (D. P. 72. 1. 25). Req. 19 mars 1883 (D. P. 84. 1. 56).

[14] « L'exécution provisoire ne pourra être ordonnée pour les dépens, quand « même ils seraient adjugés pour tenir lieu de dommages-intérêts » (Voy., sur l'exécution provisoire, le tome VI).

§ **1093**. [1] Tit. XXXI, art. 1. Voy., sur cet article, Jousse, *op. cit.*, t. II. p. 487 et suiv.; Rodier, *op. cit.*, p. 471 et suiv.

[2] Comment s'y prendrait-on pour obtenir réparation de l'oubli du tribunal qui n'aurait pas condamné aux dépens? Si la partie gagnante y avait conclu, le jugement serait susceptible de requête civile pour avoir omis de statuer sur un des chefs de la demande (Voy. le tome VI). Dans le cas contraire, il n'y aurait lieu ni à la requête civile, aucune demande n'ayant été formée, ni au pourvoi en cassation, le tribunal n'ayant violé aucune loi; le seul moyen d'aboutir serait de former une demande nouvelle devant le même tribunal pour obtenir de lui un second jugement (Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 556; *contrà*, Carré, *op. et loc. cit.*). Le tribunal qui a donné acte à une partie de ce que son adversaire reconnait devoir être condamné aux dépens, ne peut y condamner cette partie qu'à titre de dommages-intérêts, et en relevant à sa charge l'existence d'un quasi-délit ou, tout au moins, d'une faute (Civ. cass. 1er août 1888; D. P. 90. 1. 119; S. 91. 1. 66).

[3] Bioche, *op. et vo cit.*, no 46. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 555. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boncenne, *op. cit.*, t. II, p. 547 et suiv. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, no 277. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 278. Bonnier, *op. cit.*, no 280.

traire[4]. Je ne vois cependant qu'un seul magistrat qui puisse se permettre d'adjuger les dépens à une partie qui n'y a pas conclu : c'est le juge de paix qui statue en dernier ressort. D'une part, il y aurait une rigueur excessive à exiger des conclusions en forme d'une partie qui comparaît le plus souvent devant le juge de paix en personne et sans conseil[5]; d'autre part, la décision de ce dernier ne serait attaquable, dans l'espèce, ni par la requête civile qui ne s'applique pas à ses jugements[6], ni par le pourvoi en cassation dont ils ne sont susceptibles que pour cause d'incompétence ou d'excès de pouvoir[7]. Je suppose un jugement en dernier ressort, car, si le juge de paix statuant en premier ressort avait alloué des dépens auxquels il n'aurait pas été conclu, la partie qui y a été condamnée pourrait obtenir par l'appel la réformation de ce jugement[8].

§ **1094**. Pour pouvoir être condamné aux dépens, il faut, en règle générale : 1° être partie ; 2° succomber[1].

§ **1095**. A. Il faut, d'abord, être partie, c'est-à-dire avoir un intérêt personnel au procès[1]. On ne condamne donc aux

[4] Req. 5 déc. 1838 (D. A. *v° cit.*, n° 33). Req. 22 août 1871 (D. P. 71. 1. 228). Req. 3 août 1891 (D. P. 92. 1. 431 ; S. 91. 1. 504). Voy., dans le même sens, Carré, *op. et loc. cit.* En cas de désaccord sur le sens et sur l'étendue de la condamnation aux dépens, il y a lieu de demander, ainsi qu'il sera dit au § **1119**, l'interprétation de cette partie du jugement (Paris, 17 mars 1883; D. P. 84. 2. 69).

[5] Voy. *suprà*, § **986**.

[6] Voy. le tome VI.

[7] Voy., sur ce point et, spécialement, sur les caractères de l'excès de pouvoir en cette matière, le tome VI.

[8] Voy., sur ce point, Bonnier, *op. et loc. cit.*, note 3.

§ **1094**. [1] On n'est condamné aux dépens, même à ces deux conditions, qu'envers la partie adverse. Un défendeur qui succombe ne peut y être condamné envers son codéfendeur mis hors de cause qu'exceptionnellement et par application du principe posé *infrà*, § **1100**, lorsqu'il a commis au préjudice de ce dernier une faute des conséquences de laquelle il doit l'indemniser (Civ. cass. 14 juin 1887, D. P. 88. 1. 19; voy., sur l'application en matière de garantie de cette règle et de l'exception qu'elle comporte, req. 19 juin 1888, D. P. 90. 1. 268. Nancy, 5 juill. 1890, D. P. 92. 2. 285 ; et, sur les frais de la demande en garantie, en général, *suprà*, §§ **949** et suiv.).

§ **1095**. [1] Il n'existe pas de privilège personnel en cette matière, et la partie qui succombe n'échappe à cette condamnation que dans les cas prévus *infrà*, §§ **1098** et suivants. Ainsi le gouvernement étranger qui actionne un Français devant un tribunal français doit être condamné aux dépens s'il succombe (Paris,

dépens ni le juge qui s'est borné à contester la récusation dirigée contre lui, ni la personne qui n'est venue au procès que pour en représenter, assister ou autoriser une autre. Le juge n'a pas d'intérêt personnel à connaître de la demande au sujet de laquelle on le récuse : la preuve qu'il n'est point partie à l'incident provoqué par sa récusation, c'est qu'il ne peut appeler du jugement qui déclare cette récusation fondée, à moins d'avoir formé personnellement une demande de dommages-intérêts contre le récusant[2]. Il en est de même, en principe, des personnes qui représentent, assistent ou autorisent les parties, à savoir : 1° des avoués ou huissiers qui représentent leurs clients[3]; 2° des préfets, maires, syndics, tuteurs, curateurs aux successions vacantes, et héritiers bénéficiaires, qui représentent l'État, les départements, les communes, les mineurs, les interdits, les faillites, et les successions vacantes ou acceptées sous bénéfice d'inventaire[4]; 3° des mandataires spéciaux qui représentent en justice les personnes retenues, sans être interdites, dans un établissement d'aliénés[5]; 4° des curateurs et conseils judiciaires qui assistent les mineurs émancipés, les prodigues et les faibles d'esprit[6]; 5° des maris qui autorisent leurs femmes[7], sans prendre per-

13 avr. 1867; D. P. 67. 2. 49). Même solution pour une administration publique, par exemple, pour les administrateurs d'une caisse d'épargne qui ont refusé à tort le remboursement d'un dépôt (Trib. de Louviers, 5 mars 1892; S. 92. 2. 320). De même, l'ascendant qui succombe dans l'opposition par lui faite au mariage de son descendant peut être condamné aux dépens, et il doit même l'être si le tribunal n'a pas cru devoir en ordonner la compensation qui est toujours facultative (Voy. *infrà*, § **1102**). Cet ascendant n'est pas tenu d'énoncer, dans l'acte d'opposition, les motifs qui l'ont porté à la former (C. civ., art. 176), mais ce n'est pas une raison pour la former sans motifs, et il doit en payer les frais si elle est jugée mal fondée (Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 556 *ter;* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*).

[2] Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 547. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit.* Il en est autrement du juge pris à partie : celui-là est nécessairement condamné aux dépens (Voy. t. I, § **147**). Aj., sur la demande en dommages-intérêts formée par le magistrat récusé, et sur la situation qui résulte pour lui de cette demande, t. II, § **763**).

[3] Voy., sur le rôle de l'avoué et de l'huissier, et sur le mandat en vertu duquel ils occupent ou instrumentent, t. I, §§ **210**, **211**, **218** et **220**.

[4] Voy., sur la manière dont les actions qui intéressent ces personnes sont intentées ou soutenues, t. I, §§ **307**, **308** et **378**.

[5] Voy., sur ce cas particulier, L. 30 juin 1838, art. 33.

[6] Voy. t. I, §§ **307**, **308** et **378**.

[7] Civ. cass. 24 vend. an VII; Montpellier, 10 flor. an XIII (D. A. *v° cit.*, n° 39). Je dis *qui autorisent leurs femmes*, car le mari qui plaiderait personnellement en vertu du régime sous lequel le mariage a été contracté, encourrait cer-

sonnellement aucunes conclusions[8]. Cette règle souffre seulement deux exceptions.

§ **1096**. *a.* « Les avoués et huissiers qui auront excédé les « bornes de leur ministère, les tuteurs, curateurs, héritiers « bénéficiaires, et autres administrateurs qui auront compro- « mis les intérêts de leur administration, pourront être con- « damnés aux dépens en leur nom et sans répétition, même « aux dommages-intérêts s'il y a lieu »[1]. Le tout sans préjudice des peines disciplinaires pour les officiers ministériels, de la destitution pour les tuteurs, curateurs et autres administrateurs, et de la déchéance du bénéfice d'inventaire pour les héritiers[2]. L'application de cet article est toujours facul-

tainement la condamnation aux dépens. Ainsi le mari qui succombe paie les dépens lorsqu'il exerce seul sous le régime de communauté : 1° toutes les actions mobilières relatives aux propres de sa femme, excepté l'action en partage; 2° parmi les actions immobilières, celles qui sont simplement possessoires. Il en est de même de celui qui exerce seul : 1° sous le régime de communauté, toutes les actions de sa femme; 2° sous le régime dotal, toutes celles qui sont relatives aux biens dotaux, l'action en partage demeurant encore réservée (Merlin, *op. cit.*, v° *Autorisation maritale*, sect. VII *bis*, n° 2; Toullier, *op. cit.*, t. II, n° 658; Proudhon, *op. cit.*, t. IV, n° 1780; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 548; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Boncenne, *op. cit.*, t. IV, p. 534; Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 280). Bien plus, si la femme avait été mise en cause dans une action où le mari devait figurer seul, sa présence, qui était inutile, ne pourrait aggraver sa condition, et le mari encourrait seul les dépens (Rodière, *op. et loc. cit.*). Quant à la femme qui ne plaide qu'avec autorisation de justice, elle peut seule être condamnée aux dépens, et le mari ne les encourt pas pour avoir refusé l'autorisation qu'elle avait commencé par lui demander (Bruxelles, 23 mars 1833, D. A. v° *Contrat de mariage*, n° 1069; voy. cep. Boncenne, *op. cit.*, t. II, p. 539, note 1). Je réserve ici trois questions : 1° sur quels biens la condamnation aux dépens peut s'exécuter; 2° si la femme ne peut pas quelquefois être poursuivie à raison des dépens auxquels elle n'a pas été personnellement condamnée; 3° si, à l'inverse, elle est tenue sur ses immeubles dotaux des dépens auxquels elle a été condamnée personnellement (Voy. le tome IV). Je réserve également, comme étranger à l'objet de ce Traité, le point de savoir si le mari peut exercer quelque récompense contre sa femme à raison des procès qu'il a personnellement soutenus et perdus, alors qu'il plaidait dans l'intérêt de cette dernière.

[8] Le mari qui agit conjointement avec sa femme, et conclut avec elle en son propre nom, est passible de dommages-intérêts, quoiqu'il s'agisse de biens dont il n'a ni l'administration ni la jouissance : par exemple, sous le régime de séparation de biens ou lorsqu'il s'agit de biens paraphernaux (Req. 1er avr. 1823, D. A. v° *cit.*, n° 1360; civ. rej. 21 mai 1878, D. P. 78. 1. 264).

§ **1096**. [1] Art. 132. Voy., sur l'application de cet article, Bouisson, *De la responsabilité des mandataires* ad litem *au point de vue spécial des dépens* dans la *France judiciaire*, t. XIV, 1890, p. 238 et suiv., 257 et suiv., 303 et suiv.; t. XV, 1891, p. 85 et suiv.; t. XVI, 1892, p. 24 et suiv., 42 et suiv., 94 et suiv.).

[2] L'article 132 ne fait pas cette distinction, et prononce éventuellement la

tative[3]. Elle suppose, pour les préfets, maires, tuteurs, curateurs, maris et héritiers bénéficiaires[4], qu'ils ont agi sans l'autorisation préalable qu'exigeait la nature de la demande[5], intenté par esprit de chicane une action évidemment mal fon-

destitution des « tuteurs et autres »; mais, les héritiers ne peuvent, évidemment, encourir que la perte des avantages attachés au bénéfice d'inventaire (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 157; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 279).

[3] Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 562. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 279. Lyon, 7 avr. 1835 (D. A. v° *Dispositions entre-vifs et testamentaires*, n° 179). Civ. rej. 17 août 1853 (D. P. 54. 1. 382). L'article 132 ne peut être appliqué d'office, mais seulement à la demande des parties intéressées, suivant le principe posé *suprà*, § **1093** (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 152, Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 278; *contrà*, Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 563, Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*).

[4] Voy., sur l'application de l'article 132 aux préfets et aux maires, les arrêts cités à la note suivante. La jurisprudence l'applique aussi : 1° aux administrateurs des bureaux de bienfaisance (Req. 17 juill. 1857, D. P. 58. 1. 348; Caen, 12 janv. 1881, D. P. 82. 2. 57); 2° aux conservateurs des hypothèques (Req. 2 févr. 1869; D. P. 70. 1. 71); 3° aux notaires (Orléans, 5 mai 1849, D. P. 49. 2. 113; Rennes, 12 févr. 1870, D. P. 72. 2. 64); 4° aux syndics de faillite (Civ. cass. 19 août 1807, D. A. v° *Frais*, n° 72; Paris, 24 déc. 1827, D. A. v° *Faillite*, n° 421; Bordeaux, 16 nov. 1841, D. A. v° *cit.*, n° 291; req. 22 août 1871, D. P. 71. 1. 228; req. 27 nov. 1893, D. P. 94. 1. 343, S. 94. 1. 328; Lyon, 8 juill. 1893, D. P. 94. 2. 257; 5° aux liquidateurs judiciaires (Dijon, 15 juill. 1891; D. P. 92. 2. 503). Les subrogés-tuteurs, curateurs aux successions vacantes, exécuteurs testamentaires et envoyés en possession provisoire des biens d'un absent tomberaient aussi, le cas échéant, sous le coup de l'article 132 (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 128 et suiv.; Bordeaux, 29 déc. 1890, D. P. 92. 2. 368, S. 91. 2. 221). Toutefois, l'application de cet article à tous ces mandataires est exceptionnelle, et le principe est qu'étant constitués par la loi pour représenter une personne naturelle ou civile, ils peuvent répéter contre elle les dépens exposés dans son intérêt (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 132 et 133). Il en est de même de l'administrateur qui plaide au nom d'une société civile ou commerciale (Bioche, *op., v° et loc. cit.*); mais il en est différemment du copropriétaire qui agit seul dans l'intérêt commun, du nu-propriétaire qui agit à la fois dans son intérêt et dans celui de l'usufruitier, et de l'usufruitier qui agit à la fois dans son intérêt et dans celui du nu-propriétaire : pour avoir recours contre les personnes pour le compte desquelles ils ont agi en même temps que pour eux-mêmes, ils doivent prouver que ces personnes ont profité de la dépense, c'est-à-dire que le procès a été gagné (Merlin, *op. cit.*, v° *Dépens*, § XIII; Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 134 et 135; Proudhon, *op. cit.*, t. IV, n°s 1730 et suiv., 1740 et suiv.). Il faut supposer pour cela que la partie perdante n'a pas été condamnée aux dépens (Voy., sur cette hypothèse, *suprà*, §§ **452** et suivants) ou qu'elle est insolvable.

[5] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 139 et 145. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 562. Voy. : 1° pour les tuteurs qui plaident sans une autorisation qui leur était nécessaire, Riom, 3 avr. 1806 (D. A. v° *Minorité*, n° 528), Nancy, 21 nov. 1831 (D. A. v° *cit.*, n° 514), Bordeaux, 16 mars 1841 (D. A. v° *cit.*, n° 729); 2° pour les maires qui intentent sans autorisation les actions qui appartiennent à leur commune, civ. rej. 31 août 1836 (D. A. v° *Action possessoire*, n° 120), Colmar, 10 janv. 1839 (D. A. v° *Dispositions entre-vifs et testamentaires*, n° 417), Rennes, 21 févr. 1839 (D. A. v° *Acquiescement*, n° 807), Liège, 5 août 1840 (D. A. v° *Frais*, n° 68); 3° pour les syndics de faillite qui plaident sans y être autorisés par une délibération régulière de l'assemblée des créanciers, civ. cass. 19 août 1807 (D. A. v° *Frais*, n° 72).

dée[6], occasionné le procès par leur faute ou leur négligence[7], ou commis, en le conduisant, des actes personnels qui engagent leur responsabilité vis-à-vis de la partie adverse[8]. Quant aux avoués et aux huissiers, l'article **132** suppose qu'ils ont « excédé les bornes de leur ministère », c'est-à-dire formé des demandes dont ils n'étaient pas chargés, et pour lesquelles ils ont été préalablement désavoués[9]; mais il faut assimiler à cette hypothèse celle des avoués et des huissiers qui ont conseillé pour leur profit personnel un procès contraire aux intérêts de leur client, ou contrevenu en quelque manière aux lois et règlements de leur profession : les uns ont non-seulement excédé les bornes de leur ministère, mais encore manqué au premier devoir de leur charge en faisant passer leur intérêt avant celui de leur client[10]; les autres peuvent

[6] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 142 et suiv. Turin, 25 juin 1810 (D. A. v° *Minorité*, n° 120). Nîmes, 2 juill. 1829 (D. A. *v° cit.*, n° 732). Bastia, 8 déc. 1863 (D. P. 64. 2. 1). Le fonctionnaire public et le mandataire privé qui succombent dans une action déclarée mal fondée n'encourent pas les dépens s'ils ont agi de bonne foi (Bordeaux, 16 nov. 1841; D. A. v° *Faillite*, n° 291), à moins cependant que leur erreur ne fût grossière, et que la contestation qu'ils ont soulevée ne reposât sur aucun motif sérieux (Req. 22 févr. 1869; D. P. 70. 1. 71). En tout cas, chacun ne répond que de son fait, et le mandataire qui intente une action et y succombe n'a pas à payer les frais faits par d'autres personnes intentant avec lui, et sans plus de succès, la même action (Paris, 24 déc. 1827; D. A. *v° cit.*, n° 421).

[7] Req. 13 juill. 1857 (D. P. 58. 1. 348). Rennes, 12 févr. 1870 (D. P. 72. 2. 64).

[8] Civ. rej. 5 juill. 1847 (D. P. 48. 1. 148). Lyon, 19 août 1853 (D. P. 54. 2. 165). Le mandataire à la charge duquel on ne relève aucune faute personnelle ne doit être condamné à aucuns frais, pas même au paiement des sommes dues à l'avoué qui a occupé pour lui (Bordeaux, 24 avr. 1838; D. A. v° *Avoué*, n° 115). Voy. cep. Rodière qui soutient que l'administrateur qui a des fonds en caisse doit les réserver pour son avoué, et que celui qui n'en a pas aurait dû l'en avertir : « qui commande paie » (*Op. cit.*, t. I, p. 279). Cette opinion n'est pas juridique, car l'article 132 ne permet pas de condamner aux dépens un administrateur qui n'a commis personnellement aucune faute; elle n'est même pas équitable, car c'était à l'avoué de prendre ses précautions et de ne pas faire d'avances à une partie insolvable : j'appelle ici partie le mandant qui est représenté, et non pas le mandataire qui représente (C. civ., art. 1984).

[9] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 149. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 562. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit.* On ne peut prouver que par la voie du désaveu qu'un avoué a formé des demandes, ou qu'un huissier a posé des exploits dont ils n'étaient pas chargés (Voy. *suprà*, § **908**). Cette règle ne souffre exception que dans les cas où les officiers ministériels ne peuvent agir qu'en vertu d'un mandat exprès; mais, dans ce cas, leurs actes sont nuls, et ce n'est pas l'article 132 mais l'article 1031 qui doit s'appliquer (Voy., sur l'application des articles 132 et 1031, *infrà*, même §).

[10] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 151 et suiv. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 562. Il en est de même des avoués et des huissiers qui ont travaillé à empêcher un arrangement auquel les parties étaient disposées, et qu'elles avaient intérêt à consentir (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 154; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*).

être condamnés aux dépens en vertu du décret du 30 mars 1808[11]. Il importe seulement, quant aux avoués et huissiers, de ne pas confondre l'application de l'article **132** avec celle de l'article **1031** dont j'ai donné le commentaire au § **507**, et qui met à la charge des officiers ministériels qui les ont faits le coût des actes nuls, des actes frustratoires, et de ceux qui ont donné lieu à une amende. Il y a trois différences entre les deux cas. 1° La situation n'est pas la même, car l'article **132** suppose un officier ministériel qui a compromis les intérêts de son client ; l'article **131**, un officier ministériel qui a simplement commis des actes irréguliers, ou qui, sans trahir aucunement les intérêts de sa partie mais comptant sur le gain du procès, a grossi par des actes frustratoires le montant des frais qu'il espérait faire payer par la partie adverse. 2° La sanction est également différente : l'avoué et l'huissier ne perdent que le coût de l'acte dans le cas de l'article **1031** ; ils paient tous les dépens dans le cas de l'article **132**. 3° L'article **132** leur fait payer les dépens « en leur nom et sans « répétition, si le tribunal juge à propos de l'ordonner[12] », au lieu qu'on peut soutenir, dans le cas de l'article **1031**, qu'ils ne paient pas les frais des actes nuls ou frustratoires qu'ils ont faits à la prière ou, à plus forte raison, sur l'ordre exprès de leurs clients[13].

§ **1097**. *b*. Le mari qui n'a fait qu'autoriser sa femme sans prendre en son nom aucunes conclusions, encourt les dépens s'il a permis un procès vexatoire auquel il eût dû s'opposer, ou s'il a laissé croire qu'il était partie au procès et débiteur éventuel des dépens auxquels sa femme pourrait être condamnée : peut-être l'adversaire qui le sait solvable et sa femme insolvable n'aurait-il pas voulu plaider contre elle

[11] Art. 102. Carré, *op. et loc. cit.* Voy., sur la répression des fautes commises par les avoués et par les huissiers dans l'exercice de leur profession, t. I, §§ **241** et suiv., t. II, § **505** et suiv.

[12] Le tribunal doit le dire expressément en ces termes ou dans des termes équivalents, tels que ceux-ci : *condamne Me X à payer personnellement.....* Dans le silence du jugement, l'avoué ou l'huissier aurait le droit de répéter contre sa partie tous les frais qu'il a faits (Bioche, *op. et vo cit.*, no 147; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*: Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 278).

[13] Voy., sur ce point, t. I, § **507**, Aj., en ce sens, Rennes, 13 janv. 1831 (D. A. vo *Délai*, no 118) ; et, en sens contraire, Colmar, 13 janv. 1821 (D. A. vo *Frais*, no 901), Bordeaux, 22 août 1871 (D. P. 72. 2. 214).

seule, craignant de voir les dépens rester à sa charge; peut-être, s'il eût su n'avoir affaire qu'à elle, aurait-il préféré se désister s'il était demandeur, acquiescer s'il était défendeur[1]. Je crois même que les dépens mis à la charge du mari auraient, dans ce cas, le caractère de dommages-intérêts, et j'en montrerai plus loin la conséquence[2]. Faut-il ajouter un troisième cas, et dire que le mari se rend encore passible des dépens en autorisant sa femme aux fins d'un procès dont le gain lui profitera, c'est-à-dire à intenter ou à soutenir, sous le régime de communauté, les actions pétitoires relatives aux propres immobiliers dont il a la jouissance[3]? Plusieurs auteurs le soutiennent en vertu de l'article **1419** du Code civil : « Les « créanciers peuvent poursuivre le paiement des dettes que « la femme a contractées avec le consentement du mari, tant « sur les biens de la communauté que sur ceux du mari ou « de la femme »[4]. Ils en concluent que le mari peut être condamné personnellement aux frais du procès que la femme a soutenu avec son consentement[5]. Ils n'y font exception que dans les deux cas où ne s'applique pas l'article **1419** : **1°** le cas de l'article **1413** du Code civil, où les créanciers d'une succession purement immobilière, échue à la femme et acceptée par elle avec autorisation de son mari, n'ont d'action que sur la pleine propriété de ses biens; **2°** le cas de l'article **1432** du même Code, où le mari qui autorise sa femme à aliéner un de ses propres n'est pas tenu de l'obligation de garantie, à moins de s'y être expressément soumis[6]. La question, si je ne me

§ **1097**. [1] Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 281. C'est ainsi que le mari d'une femme dotale qui avait succombé dans son procès a été condamné personnellement aux dépens, alors qu'il avait plaidé conjointement avec elle, s'associant à toutes ses conclusions, et n'excipant pas, à l'égard de l'adversaire, de ce qu'il n'avait personnellement aucun intérêt dans ce procès (Civ. cass. 26 juin 1893; D. P. 93. 1. 405).

[2] Au point de vue de la solidarité (*Infrà*, § **1108**) et de l'obligation de motiver cette condamnation (*Infrà*, § **1116**).

[3] Voy., sur l'exercice des actions pétitoires relatives aux immeubles propres de la femme commune en biens, tant en demandant qu'en défendant, t. I, §§ **307** et **378**.

[4] L'article 1419 s'applique aussi bien, sauf la question de récompense, aux engagements contractés pour les affaires personnelles de la femme, qu'à ceux qui n'ont eu pour objet que l'intérêt de la communauté (Aubry et Rau, *op. cit.*, 4e éd., t. V, p. 337).

[5] Aj., sur ce point, aux auteurs cités *suprà*, § **1095**, note 7, Demolombe, *op. cit.*, t. IV, n° 312; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. V, p. 339; Rodière et Pont, *op. cit.*, t. II, n° 786.

[6] L'exception apportée à l'article 1419 du Code civil par l'article 1413 du même

trompe, est mal posée. Il ne s'agit pas de savoir sur quels biens peut s'exécuter la condamnation aux dépens prononcée contre la femme — elle peut l'être évidemment sur les biens personnels du mari en vertu de l'article 1419, et sauf l'exception prévue par les articles 1413 et 1432 — mais de savoir qui peut être condamné personnellement aux dépens dans le cas d'une femme commune qui plaide autorisée de son mari. Or je ne crois pas que celui-ci puisse y être condamné personnellement, alors qu'il n'est pas personnellement en cause, et j'en conclus que ses biens ne sont pas soumis à l'hypothèque judiciaire à raison de la condamnation prononcée contre sa femme[7].

§ **1098**. B. En principe, la partie qui succombe est la seule qu'on puisse condamner aux dépens, car c'est elle qui a soulevé le procès par une demande injuste, ou qui l'a rendu nécessaire par sa résistance à une juste prétention[1].

Code n'a été mise en doute que par Toullier (*Op. cit.*, t. XII, n° 282). Celle qu'on s'accorde généralement à voir dans l'article 1432 est plus contestable (Voy., sur ce point, Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. VI, n° 41 *bis*-XXIII; Laurent, *op. cit.*, t. XXII, n° 75). On sait aussi que, d'après une opinion presque abandonnée aujourd'hui, les articles 1413 et 1432 devraient être généralisés et étendus à tous les cas où il résulte de l'acte autorisé par le mari que la femme ne s'est obligée que dans son seul intérêt, et que les tiers avec qui elle contractait n'ont pu croire que le mari voulût s'obliger avec elle (Voy., en ce sens, Duranton, *op. cit.*, t. XIV, n° 248, Troplong, *Du contrat de mariage*, t. II, n° 846. Demante, *Doctrine des auteurs, enseignement du droit* (Dans la *Thémis*, t. VIII, 1826, p. 166); et, en sens contraire, Demolombe, *op. cit.*, t. IV, n° 310. Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*, Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. VI, n° 41 *bis*-XXV, Laurent, *op. cit.*, t. XXII, n°s 76 et suiv.).

[7] Cette question offrirait encore de l'intérêt après la dissolution de la communauté, si l'article 1484 du Code civil, aux termes duquel « le mari est tenu « pour la totalité des dettes de la communauté par lui contractées », s'appliquait seulement aux dettes contractées par lui personnellement, et s'il n'était tenu que pour moitié, en vertu de l'article 1485, des dettes personnelles à sa femme et par lui autorisées. On dirait alors : 1° si le mari a pu être condamné personnellement aux dépens, qu'il doit les payer en totalité, même après la dissolution de la communauté, en vertu de l'article 1484; 2° s'il n'est tenu que de payer sur ses biens personnels les dépens auxquels sa femme a seule été condamnée, qu'il ne peut être poursuivi que pour la moitié de ces dépens après la dissolution de la communauté, conformément à l'article 1485 (Voy., sur l'application de l'article 1484 aux dettes contractées par la femme avec autorisation de son mari, Duranton, *op. cit.*, t. XIV, n° 493. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. V, p. 433, Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. VI, n° 145 *bis*-IV. Troplong, *op. cit.*, t. III, n° 1781; et, en sens contraire, Marcadé, *op. cit.*, t. V, sur les art. 1485 et 1486, n° 1, Laurent, *op. cit.*, t. XXII, n°s 47 et 48, t. XXIII, n° 51).

§ **1098**. [1] Bordeaux, 15 janv. 1835 (D. A. *v° cit.*, n° 89). Civ. cass. 24 janv. 1877 (D. P. 77. 1. 261). Civ. cass. 31 déc. 1879 (D. P. 80. 1. 168). Civ. cass. 17

Celui-là succombe qui voit sa demande rejetée s'il est demandeur, ou qui voit prononcer, s'il est défendeur, les condamnations sollicitées contre lui. Peu importe comment il succombe : qu'il se soit rapporté à justice[2], que sa bonne foi soit reconnue[3], qu'il obtienne un délai de grâce[4], que la condamnation prononcée contre lui doive en fin de compte retomber sur un tiers[5], qu'il acquiesce en cours d'instance à la demande formée contre lui, il succombe toujours et doit payer les frais[6]. Il en est de même quand le tribunal le condamne sur le serment supplétoire qu'il a refusé ou qu'a prêté son adversaire : dira-t-on qu'il n'est pas prouvé qu'il fût dans son tort, parce que le serment supplétoire n'est déféré que sur une demande ou sur une exception in-

juill. 1883 (D. P. 84. 5. 288). Civ. cass. 29 mars 1887 (D. P. 87. 1. 444). Paris, 5 avr. 1887 (D. P. 87. 2. 213). Req. 23 oct. 1888 (D. P. 89. 1. 449). Il en est ainsi, à plus forte raison, quand la partie qui succombe a, par son injuste résistance, rendu le procès nécessaire ou plus coûteux (Trib. de Béthune, 11 août 1892, D. P. 94. 2. 52; req. 19 déc. 1893, D. P. 94. 1. 404, voy. *ib.* le rapport de M. le conseiller Lepelletier, S. 94. 1. 313; Alger, 17 févr. 1894, D. P. 95. 2. 262; voy., en sens contraire, Paris, 1er févr. 1894, D. P. 94. 2. 456). Ces règles s'appliquent nonobstant toute convention contraire, et en admettant — c'est un point controversé — qu'on puisse stipuler valablement dans une police d'assurance que les frais auxquels cette police pourra donner lieu seront imputés sur le montant des indemnités qui pourront être mises à la charge de l'assureur, ce dernier ne peut se prévaloir de cette clause pour ne pas payer les frais auxquels il a été personnellement condamné (Grenoble, 15 mai 1894, D. P. 94. 2. 495; comp. Bordeaux, 24 mars 1896, D. P. 97. 2. 236). Par contre, il a été jugé qu'une partie qui a gain de cause sur ses conclusions subsidiaires peut voir mettre à sa charge tous les frais du procès, lorsqu'elle n'a pris ces conclusions qu'en dernier lieu, et alors que tous les frais étaient déjà exposés (Civ. rej. 4 janv. 1893; D. P. 95. 1. 294) : on peut voir dans cet arrêt une application du principe que la partie qui gagne son procès peut être condamnée à payer les frais occasionnés par sa faute (Voy. *infrà*, § **1100**), c'est-à-dire, en l'espèce, par ses conclusions bien fondées mais tardives (Voy., sur le principe de la condamnation aux dépens, *suprà*, § **1092**).

[2] Amiens, 12 janv. 1821 (D. A. v° *Commune*, n° 1386). Bourges, 16 août 1831 (D. A. v° *Domaine de l'État*, n° 342). Civ. cass. 15 avr. 1833 (D. A. v° *Frais*, n° 47). Req. 24 déc. 1834 (D. A. *v° cit.*, n° 46). Req. 8 nov. 1854 (D. P. 54. 1. 427). Civ. cass. 2 févr. 1885 (D. P. 86. 1. 37).

[3] Angers, 30 mars 1843 (D. A. v° *Obligations*, n° 348).

[4] Bourges, 9 nov. 1870 (D. P. 72. 2. 212).

[5] On peut supposer que la partie qui succombe a un garant qu'elle n'a pas mis en cause : elle peut, néanmoins, l'actionner en garantie principale pour se faire couvrir par lui, sauf l'application des articles 1640 et 2031 du Code civil, des condamnations qu'elle a encourues (Paris, 27 févr. 1808, D. A. *v° cit.*, n° 40; voy., sur cette hypothèse et, particulièrement, sur l'application des articles précités, *suprà*, § **942**).

[6] Voy., sur l'acquiescement, le tome VII. Le désistement emporte également soumission de payer les frais qui ont été déjà faits (Art. 403; voy. *ib.*). Celui-là succombe aussi dont les offres réelles ont été jugées insuffisantes (Montpellier, 8 mars 1876; D. A. v° *Frais*, supp., n° 18).

complètement justifiée? Non, car, si les juges qui ont déféré ce serment condamnent la partie qui le refuse ou contre laquelle il est prêté, c'est que la preuve est faite à leurs yeux, et cette partie succombe aussi complètement que si le fait et le droit eûssent été, dès l'abord, certains ou prouvés de toute autre manière[7]. Enfin, du moment que les prétentions d'une partie sont irrévocablement rejetées, elle paie les dépens, car elle succombe, lors même qu'un point de fait resterait incertain et qu'une expertise serait ordonnée pour le vérifier[8]. Le principe de l'article **130** ne souffre que trois exceptions : 1° quand la partie qui succombe agissait dans un intérêt public; 2° quand les circonstances de la cause permettent au tribunal de mettre les dépens à la charge de la partie gagnante; 3° quand la loi l'autorise à les partager entre les deux parties. Dire, comme l'ont fait de nombreux arrêts, que les tribunaux jouissent d'un pouvoir discrétionnaire en cette matière, et qu'ils échappent, quoi qu'ils décident, à la censure de la cour de cassation[9], c'est commettre une véritable exagération, car il est certain : 1° qu'il faut invoquer des raisons particulières pour mettre les dépens à la charge de la partie gagnante[10]; 2° qu'ils ne peuvent être partagés entre elle et la partie qui succombe que dans les deux cas prévus par l'article **131**[11].

§ **1099**. *a*. L'État qui succombe dans une action que le ministère public a intentée d'office en son nom, paie les frais

[7] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 57. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 552. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Voy., *suprà*, §§ **887** et suiv.

[8] Civ. cass. 15 juin 1830 (D. A. v° *Expertise*, n° 79). Civ. rej. 19 août 1834 (D. A. v° *Frais*, n° 45). Req. 25 mai 1875 (D. P. 77. 1. 75).

[9] Req. 12 août 1824 et 24 juill. 1828 (D. A. *v° cit.*, n° 37). Civ. rej. 15 juin 1830 (D. A. v° *Expert*, n° 79). Req. 8 nov. 1830 (D. A. v° *Frais*, *loc. cit.*). Req. 2 août 1836 (D. A. *v° cit.*, n° 45). Req. 14 mai 1838 (D. A. v° *Dispositions entre-vifs et testamentaires*, n° 1802). Req. 24 juill. 1838 (D. A. *v° cit.*, n° 37). Req. 11 janv. 1841 (D. A. *v° cit.*, n° 48). Req. 12 août 1841 (D. A. v° *Désaveu*, n° 128). Req. 2 avr. 1849 (D. P. 49. 1. 104). Civ. rej. 17 août 1853 (D. P. 54. 1. 382). Req. 28 avr. 1857 (D. P. 57. 1. 231). Req. 31 mars 1858 (D. P. 58. 1. 194). Req. 18 janv. 1860 (D. P. 60. 1. 172). Req. 5 janv. 1865 (D. P. 65. 1. 160). Civ. rej. 14 déc. 1868 (D. P. 69. 1. 81). Civ. rej. 18 juin 1869 (D. P. 69. 1. 303). Req. 16 août 1870 (D. P. 71. 1. 284). Civ. rej. 17 déc. 1873 (D. P. 74. 1. 389). Req. 21 juin 1875 (D. P. 76. 1. 127). Req. 31 mars 1876 (D. P. 76. 5. 296). Req. 14 mars 1876 (D. P. 78. 1. 68). Req. 12 janv. 1877 (D. P. 77. 1. 166). Civ. rej. 14 juin 1877 (D. P. 77. 1. 375).

[10] Voy. *infrà*, § **1100**.

[11] Voy. *infrà*, § **1102**.

par lui faits, mais ne rembourse pas ceux de la partie adverse : celle-ci les supporte, quoiqu'elle ait gain de cause. La jurisprudence interprète ainsi, comme on l'a vu au § **188**, le décret du 18 juin 1811 sur le recouvrement des « frais des « actes et procédures faits sur la poursuite d'office du minis- « tère public »[1]. Les administrations de l'enregistrement et des contributions indirectes ne paient aussi que les frais de papier timbré, de signification et d'enregistrement du jugement : la partie qui a gagné son procès contre elles reste seule débitrice des honoraires de son avoué[2]. Enfin, la jurisprudence invoquant *à priori* les articles **121** et **122** du décret du 18 juin 1811, et *à fortiori* les articles précités des lois du 22 frimaire an VII et du 5 ventôse an XII, accorde la même faveur à l'État qui succombe soit dans un conflit d'attribution, soit dans une instance relative au recrutement de l'armée ou à la formation des listes électorales; il paie les frais faits par le préfet qui le représente, mais ne rembourse pas ceux de la partie adverse[3]. C'est l'intérêt public qui motive, aux yeux de la loi et de la jurisprudence, cette dérogation aux principes : il leur semble qu'en agissant même à contre-temps pour la défense d'un intérêt général, on n'encoure pas la même responsabilité qu'en faisant un mauvais procès en vue d'un intérêt particulier. Ce point de vue est aussi contestable en raison qu'en équité : 1° s'il était exact, il faudrait en conclure, logiquement, que l'État ne doit même pas supporter ses propres frais; 2° il n'est pas juste que les parties qui ont résisté à bon droit à ses prétentions portent

§ **1099**. [1] Art. 121 : « Les frais des actes et procédures faits sur la poursuite « d'office du ministère public, dans les cas prévus par le Code civil, et notam- « ment, par les articles 50, 53, 81, 184, 191 et 192 relativement aux actes de « l'état civil, seront payés, taxés et recouvrés ainsi qu'il est dit dans le chapitre « précédent ». — Art. 122 : « Il en sera de même, lorsque le ministère public « poursuivra d'office les rectifications des actes de l'état civil, en conformité de « l'avis de notre conseil d'État du 12 brumaire an XI, comme aussi au sujet « des poursuites faites en conformité de la loi du 25 ventôse an XI sur le no- « tariat, et généralement dans tous les cas où le ministère public agit dans l'in- « térêt de la loi et pour assurer son exécution ».

[2] L. 22 frim. an VII, art. 65. L. 5 vent. an XII, art. 88.

[3] Cons. d'Ét. 2 mai 1866 (D. P. 67. 3. 14). Cons. d'Ét. 21 oct. 1871 (D. P. 71. 3. 61). Req. 7 juin 1872 (D. P. 72. 1. 393). Cons. d'Ét. 18 juill. 1874 (D. P. 75. 3. 94). Lyon, 19 mars 1875; Toulouse, 26 janv. 1876 (D. P. 77. 2. 65). Lyon, 20 mars 1877 (D. A. *v° cit.*, supp., n° 32). Nîmes, 14 janv. 1878 (D. P. 78. 2. 62). Dijon, 13 juill. 1894 (D. P. 95. 2. 61).

la peine de l'excès de zèle des fonctionnaires qui ont agi en son nom[4]. Passe encore lorsqu'ils l'ont fait dans un intérêt d'ordre public; mais qu'il en soit de même en matière fiscale, l'intérêt du Trésor peut l'expliquer mais non le justifier. Aussi n'a-t-on jamais étendu cette règle aux actions domaniales : l'État qui plaide au sujet d'un immeuble dont la propriété lui est contestée paie, suivant le droit commun, les frais du préfet et ceux de la partie adverse[5]. La même distinction s'applique aux maires : la commune, qui paie, conformément à l'article **130**, les frais des actions communales dans lesquelles le maire qui la représente a succombé[6], ne paie pas les frais de celles où le maire a plaidé comme agent du pouvoir exécutif, par exemple, en matière électorale ou comme officier de l'état civil. Si donc il refuse de célébrer un mariage auquel le procureur de la République a fait opposition, et que cette opposition et, par conséquent, ce refus soient jugés mal fondés, personne ne rembourse à la partie gagnante les frais qu'elle a dû faire pour obtenir la mainlevée : ni la commune qui n'était pas en cause; ni le maire qui n'agissait que comme fonctionnaire public; ni l'État lui-même, bien que l'action fût intentée ou soutenue en son nom et qu'il y ait succombé[7].

§ **1100**. *b*. On peut être condamné, dans trois — et, suivant une opinion, dans quatre — cas, à payer les frais d'un procès qu'on a gagné.

1° Les tribunaux ont le droit de condamner à des dommages-intérêts les parties qui, pour soutenir des prétentions légitimes, se sont livrées à des injures gratuites ou à des poursuites inutiles et vexatoires. Cette condamnation est prononcée à la requête de la partie perdante et en vertu de

[4] Voy., sur la question de savoir dans quelle mesure l'État est ou devrait être responsable des actes des fonctionnaires publics, t. I, §§ **145**, note 8, et **185**.

[5] Toulouse, 19 juin 1832 (D. A. *v° cit.*, n° 66). Civ. rej. 9 avr. 1834 (D. A. *v° cit.*, n° 65). Il pourrait même arriver que le préfet fût condamné personnellement aux dépens (Voy., sur ce point, le § précédent).

[6] Le maire peut même y être condamné en son nom personnel (Voy. le § précédent).

[7] Voy., en matière électorale, civ. cass. 15 janv. 1838 (D. A. *v° cit.*, n° 67); en matière d'opposition à mariage, civ. cass. 28 févr. 1860 (D. P. 60. 1. 57), Orléans, 19 avr. 1860 (D. P. 60. 2. 82).

l'article **1382** du Code civil[1]; mais, si le tribunal croit indemniser suffisamment cette partie en la déchargeant des dépens, il peut les lui adjuger à titre de dommages-intérêts, c'est-à-dire condamner la partie gagnante à les payer à sa place[2].

2° Les frais d'une action déclarée mal fondée peuvent être mis à la charge du défendeur qui triomphe, mais qui l'a rendue, par sa faute, nécessaire ou plus coûteuse. Un héritier se laisse poursuivre sans exciper, tout d'abord, du délai pour faire inventaire et délibérer[3]; le possesseur d'un immeuble laisse le débat s'engager sur les titres de propriété, puis oppose au dernier moment la prescription[4]; un industriel a laissé imprudemment circuler des prospectus dont il n'était pas l'auteur, et qui lui ont fait imputer un délit de contrefaçon qu'il n'a pas commis[5] : dans tous ces cas, qui ne sont que des exemples, le défendeur est absous, mais c'est à lui de subir les conséquences d'un procès qu'il pouvait éviter avec plus de prudence, ou qu'il dépendait de lui d'arrêter dès le début[6].

§ **1100.** [1] Voy., sur ce point, t. I, § **289**, note 7, et *suprà*, § **1092**.

[2] Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 588 *octies*. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 284. Req. 10 juin 1872 (D. P. 73. 1. 128). Req. 12 nov. 1872 (D. P. 73. 1. 472). Civ. rej. 4 août 1880 (D. P. 81. 1. 438). Douai, 8 mai 1891 (D. P. 92. 2. 541). Trib. de Rennes, 9 déc. 1892 (D. P. 95. 2. 497; voy. *ib.* la note de M. de Loynes). Req. 23 oct. 1894 (D. P. 95. 1. 499; S. 95. 1. 222). Req. 25 mai 1897 (D. P. 97. 1. 550). Voy., sur le principe de l'allocation des dépens à titre de dommages-intérêts, *suprà*, § **1092**.

[3] Req. 22 mars 1869 (D. P. 69. 1. 422).

[4] Civ. cass. 21 déc. 1863 (D. P. 64. 1. 93).

[5] Trib. comm. de la Seine, 22 nov. 1862 (D. P. 62. 3. 88).

[6] Voy. encore req. 24 févr. 1835 (D. A. v° *Assurances terrestres*, n° 305); Paris, 21 janv. 1843 (D. P. 45. 1. 293); civ. rej. 21 févr. 1843 (D. A. v° *Frais*, n° 45); trib. civ. de Narbonne, 28 févr. et 6 mars 1844 (D. P. 45. 4. 287); civ. rej. 28 juin 1853 (D. P. 53. 1. 295); Besançon, 11 juill. 1859 (D. P. 60. 2. 107); req. 21 août 1860 (D. P. 60. 1. 492); Lyon, 21 janv. 1869 (D. P. 74. 5. 280); trib. de la Seine, 17 avr. 1869 (D. P. 69. 5. 224); civ. rej. 5 juill. 1871 (D. P. 71. 1. 304); req. 10 juin 1872 (D. P. 73. 1. 128); Chambéry, 3 juill. 1878 (D. P. 79. 2. 218); Rennes, 6 juin 1879 (D. P. 81. 2. 40); req. 16 juill. 1891 (S. 91. 1. 478); Paris, 3 et 11 mars 1892 (D. P. 93. 2. 415); Rennes, 30 déc. 1893 (D. P. 94. 2. 504); civ. rej. 16 mars 1896 (D. P. 96. 1. 248); Douai, 19 févr. 1897 (D. P. 97. 2. 420); req. 30 mars 1797, (D. P. 98. 1. 49). Voy. aussi l'arrêt de rejet du 22 mars 1875 : un mandataire, chargé de vendre des actions industrielles et les ayant effectivement vendues, n'en avait pas averti son mandant, et celui-ci les avait à tort revendiquées contre l'acheteur qu'il accusait de les détenir irrégulièrement; le mandataire avait été mis en cause et condamné aux frais de cette instance engagée par sa faute : la cour de cassation (chambre civile), a rejeté son pourvoi (D. P. 75. 1. 204). Je rappelle que la partie qui a gain de cause peut être condamnée, à raison des faits prévus au texte ou de faits analogues, non seulement aux dépens mais encore à des dommages-intérêts (Voy., sur ce point, t. I, § **289**, note 7, et *suprà*, § **1092**).

3° La partie qui ne plaide que dans son intérêt fait des frais qui ne profitent qu'à elle : il est juste qu'elle les paie. C'est ainsi : 1) que le demandeur principal en reconnaissance d'écriture paie les frais de sa demande, quand le défendeur n'y a pas résisté et a reconnu sur-le-champ l'écriture qui lui était opposée[7]; 2) qu'une femme demanderesse en séparation de corps, et sortie, sans autorisation du président, du domicile que ce magistrat lui avait assigné, a pu être condamnée, comme agissant dans son seul intérêt, aux frais de l'instance par elle introduite en vue d'obtenir l'indication d'un nouveau domicile[8]. En est-il de même du défendeur en interdiction, et peut-on le condamner aux frais de cette demande, lors même qu'elle serait rejetée, sous prétexte qu'elle aurait été formée dans son intérêt, ayant pour but de pourvoir aux mesures de protection que son état mental semblait exiger? Assurément non, car il aurait le droit de répondre : 1) que ce n'est pas à lui de porter la peine d'une demande intempestive, et que le tribunal a déclarée mal fondée; 2) que la demande n'a pas été formée dans son seul intérêt, et que le demandeur a agi surtout par intérêt personnel et comme héritier présomptif, dans la crainte de voir dissiper les biens qu'il comptait recueillir un jour. Je ne ferais d'exception que dans le cas où le tribunal a converti l'interdiction demandée en nomination de conseil judiciaire[9] : on peut dire alors que le défendeur a succombé, puisque le tribunal a cru devoir prescrire une partie des mesures de protection que réclamait le demandeur[10]. Du reste, en pareil cas, les parties sont souvent parentes[11], et, quelle que soit l'issue du procès, le tribu-

[7] Voy., sur ce point, *infrà*, § **1124**.

[8] Paris, 29 déc. 1882 (D. P. 83. 2. 218).

[9] « En rejetant la demande en interdiction, le tribunal pourra néanmoins, si « les circonstances l'exigent, ordonner que le défendeur ne pourra désormais « plaider, transiger, emprunter, recevoir un capital mobilier ni en donner dé- « charge, aliéner ni grever ses biens d'hypothèques, sans l'assistance d'un conseil « qui lui sera nommé par le même jugement » (C. civ., art. 499).

[10] Voy., en ce sens, Rennes, 19 mars 1844 (D. A. v° *Interdiction*, n° 150), trib. de Lyon, 27 janv. 1872 (D. P. 72. 3. 16); et, en sens contraire, req. 5 juill. 1837 (D. A. *v° cit.*, n° 24).

[11] « Tout parent est recevable à provoquer l'interdiction de son parent » (Art. 490). L'époux peut aussi provoquer l'interdiction de son conjoint; le procureur de la République peut et quelquefois doit provoquer l'interdiction (C. civ., art. 490 et 491; voy., sur ce dernier point, t. I, § **195**).

nal prononcera volontiers la compensation des dépens [12].

4° Reste une dernière hypothèse qu'on formule en disant que « la résistance du défendeur pouvait paraître légitime », ou encore « qu'il avait intérêt à résister à une demande même « fondée ». C'est le cas d'un conservateur d'hypothèques qui a des raisons sérieuses de ne pas procéder à la radiation qui lui est demandée, ou d'une société qui, pour mettre sa responsabilité à couvert, ne veut opérer qu'en vertu d'un jugement le transfert des actions ou des obligations qu'elle a émises. Peut-on, en pareil cas, décharger des dépens le défendeur condamné, et les mettre à la charge du demandeur qui a gain de cause? Ce serait contraire à l'article **130** et peut-être même injuste, car, de deux parties dont l'une s'est cru dans son droit tandis que l'autre était réellement dans son tort, ou dont l'une a forcé l'autre à prendre un jugement dont elle pouvait se passer, c'est la première qui doit payer les frais : **1**) parce qu'elle succombe; **2**) parce qu'ils ont été faits par sa faute ou dans son seul intérêt [13].

§ **1101**. *c*. La répartition des dépens peut se présenter sous quatre formes. 1° Le tribunal compense les dépens, ainsi qu'il sera dit au § suivant. 2° Il en fait masse de la manière qui sera expliquée au § **1106**. 3° Il distrait du mémoire des dépens un ou plusieurs actes dont le coût sera payé par la partie qui les a faits, lors même qu'elle gagnerait son procès : je m'expliquerai sur ce point aux §§ **1200** et **1201**. 4° Il ordonne que les dépens seront employés en frais généraux [1]; cela se fait : **1**) entre cohéritiers, quand le tribunal ordonne que les dépens d'une instance en partage seront employés en frais de

[12] Voy. *infrà*, § **1103**.

[13] Voy. cep. l'arrêt du 2 février 1869, cité *suprà*, § **1096**, note **4** : il décide qu'un conservateur d'hypothèques peut être condamné aux dépens d'une demande en radiation à laquelle il a résisté sans motifs sérieux. N'en résulte-t-il pas qu'il n'y peut être condamné s'il avait de fortes raisons de s'opposer à cette demande? Le projet de 1894 autorise aussi à ne pas condamner le défendeur aux dépens, lorsqu'il a cru opposer une résistance légitime à une action formée par le demandeur dans son seul intérêt (P. 50).

§ **1101**. [1] Il n'y est pas obligé, et peut, par exemple, faisant application du principe posé au § précédent, mettre tous les frais d'une instance en partage (Voy., sur cette hypothèse, *infrà*, même §) à la charge de la partie dont la mauvaise foi est évidente (Nancy, 19 mai 1894; D. P. 95. 2. 94).

partage, c'est-à-dire supportés par les cohéritiers au prorata de leur part héréditaire[2]; 2) en cas de succession bénéficiaire ou de faillite, quand le tribunal ordonne que les dépens d'un procès relatif à la liquidation seront employés en frais de succession ou de syndicat, c'est-à-dire mis à la charge de la masse des créanciers[3].

§ **1102**. 1° La compensation des dépens, qu'autorise l'article **131**, consiste : soit à décider que chacune des parties supportera sans répétition les frais qu'elle aura exposés; soit à mettre à la charge d'une partie ses propres frais, plus une partie de ceux de la partie adverse qui ne paiera ainsi que le surplus[1]. Premier exemple : Primus a dépensé **200**, Secundus **300** francs; le tribunal ordonne que chacun d'eux supportera sans répétition les frais qu'il a faits. Second exemple : Primus a dépensé **200**, Secundus **300** francs; le tribunal ordonne que Primus paiera ses propres frais, plus le sixième des frais de Secundus, soit **50** francs; Primus et Secundus paieront ainsi chacun **250** francs. L'article **131** dit, dans le premier exemple, que la compensation est totale; dans le second, qu'elle est partielle. Totale ou partielle, elle peut avoir

[2] Req. 21 juill. 1856 (D. P. 56. 1. 316). Dijon, 31 déc. 1891 (D. P. 92. 2. 233). Il ne faut pas confondre cette hypothèse avec celle où le tribunal ordonne que les frais d'un procès relatif aux intérêts d'un mineur seront employés en frais de tutelle, ou que ceux d'une demande en délivrance de legs seront employés en frais de succession. Employer les dépens en frais de tutelle, c'est les mettre à la charge du mineur, créancier d'un reliquat qui se diminue naturellement du montant des dépenses faites pour l'administration de ses biens (Voy. Metz, 31 mai 1870; D. P. 70. 2. 194). Employer en frais de succession les dépens d'une demande en délivrance de legs, c'est les mettre entièrement à la charge de la succession conformément à l'article 1016 du Code civil : « Les frais de la de- « mande en délivrance seront à la charge de la succession, sans néanmoins qu'il « en puisse résulter de réduction de la réserve légale ». Cette disposition n'est, d'ailleurs, applicable qu'aux demandes en délivrance qui sont reconnues fondées : c'est aux légataires à supporter, suivant le droit commun, les frais de celles dont ils sont déboutés (Req. 4 févr. 1829, D. A. v° *Frais*, n° 51; Douai, 23 janv. 1850, D. P. 50. 2. 68).

[3] Paris, 22 mars 1876 (D. P. 76. 1. 224). Req. 4 déc. 1895 (D. P. 96. 1. 393; voy. *ib.* la note de M. Louis Guénée).

§ **1102**. [1] La compensation des dépens avait donné lieu, dans l'ancien droit, à des abus qui l'avaient fait proscrire par l'ordonnance de 1667 (Tit. XXXIII, art. 1). Les juges continuèrent cependant à la prononcer (Jousse, *op. cit.*, t. II, p. 492; Rodier, *op. cit.*, p. 471). Voy., sur cette matière, Bouisson, *De la compensation des dépens* (dans la *France judiciaire*, t. VII, 1883, Ie part., p. 142 et suiv., 217 et suiv.).

lieu dans deux cas, mais, même dans ces deux cas, elle est facultative. Faut-il la prononcer ou s'en abstenir, et la faire en tout ou en partie? Le tribunal a, sur ces deux points, un pouvoir d'appréciation discrétionnaire[2].

§ **1103**. 1) « Pourront les dépens être compensés en « tout ou en partie entre conjoints, ascendants, descendants, « frères et sœurs ou alliés au même degré »[1]. On éteint dans la mesure du possible les animosités et les rancunes qu'un procès laisse souvent après lui, en empêchant la partie qui l'a gagné d'aller jusqu'au bout de son droit et d'écraser l'autre sous le poids des frais. Cette disposition, limitative en ce sens que les dépens ne pourraient être compensés entre parents plus éloignés[2], s'applique à tous les procès qui peuvent sur-

[2] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 189. Carré, *op. cit.*, t. I, p. 661, note 1. Rodière, *op. cit.*, t. I, n° 282. Req. 2 juill. 1811 (D. A. *v° cit.*, n° 45). Rennes, 10 sept. 1813 (D. A. *v° cit.*, n° 83). Req. 14 août 1817 (D. A. v° *Effets de commerce*, n° 244). Rennes, 24 nov. 1817 (D. A. v° *Frais*, *loc. cit.*). Req. 27 févr. 1821 (D. A. *v° cit.*, n° 85). Req. 28 févr. 1826 (D. A. v° *Dispositions entre-vifs et testamentaires*, n° 3782). Req. 25 janv. 1827 (D. A. v° *Frais*, n° 92). Bordeaux, 14 janv. 1830 (D. A. *v° cit.*, n° 89). Req. 6 déc. 1830 (D. A. v° *Contrat de mariage*, n° 1842). Civ. rej. 1er août 1832 (D. A. v° *Frais*, n° 88). Req. 2 juill. 1834 (D. A. *v° cit.*, n° 90). Civ. rej. 19 août 1834 (D. A. *v° cit.*, n° 45). Req. 20 déc. 1836; Amiens, 29 déc. 1836 (D. A. *v° cit.*, n° 90). Req. 31 janv. 1837 (D. A. *v° cit.*, n° 86). Civ. rej. 13 juill. 1837 (D. A. v° *Obligations*, n° 4520). Req. 14 mai 1838 (D. A. v° *Frais*, *loc. cit.*). Req. 10 avr. 1839 (D. A. *v° cit.*, n° 48). Civ. rej. 2 juill. 1839 (D. A. v° *Eaux*, n° 563). Req. 11 nov. et 24 déc. 1839 et 6 janv. 1840 (D. A. v° *Frais*, n° 86). Req. 11 janv. 1841 (D. A. *v° cit.*, n° 48). Civ. rej. 12 mai 1841 (D. A. v° *Cassation*, n° 1652). Req. 4 avr. 1855 (D. P. 55. 1. 14). Req. 28 avr. 1857 (D. P. 57. 1. 231). Civ. rej. 8 juin 1869 (D. P. 69. 1. 303). Req. 16 août 1870 (D. P. 71. 1. 284). Civ. rej. 15 déc. 1873 (D. P. 74. 1. 113). Req. 30 mars 1874 (D. P. 76. 5. 260). Req. 21 déc. 1875 (D. P. 76. 1. 271). Req. 14 mars 1875 (D. P. 78. 1. 68). Req. 4 juin 1877 (D. P. 77. 1. 375). Req. 16 mai 1881 (D. P. 82. 1. 14). Req. 9 janv. 1882 (D. P. 82. 1. 117). Req. 19 févr. 1883 (D. P. 84. 1. 125). Req. 5 août 1889 (S. 91. 1. 312). Req. 5 août 1890 (D. P. 91. 1. 577; S. 94. 1. 351). Voy. cep. un arrêt de la cour de Nancy, duquel il semble résulter que la partie dont un rapport d'experts homologué par le tribunal repousse en partie les prétentions doit supporter une partie des frais de l'instance, et que ces frais ne peuvent être mis entièrement à la charge de l'autre partie que comme dommages-intérêts (Voy. *suprà*, § **1092**), en sorte qu'en ce cas et dans les cas semblables la compensation des dépens serait pour ainsi dire obligatoire (25 mai 1895; D. P. 96. 2. 396).

§ **1103**. [1] Art. 131.

[2] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 179. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 558 *bis*. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 278. Rodière, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. cit.*, n° 287. Aix, 1er mars 1817; Grenoble, 25 juill. 1827 (D. A. v° *Frais*, n° 84). *Contrà*, Toulouse, 31 mars 1838 (D. A. *v° et loc. cit.*). Si l'alliance a cessé par la mort de l'enfant qui l'avait produite, les dépens peuvent quand même être compensés (Rodière, *op. et loc. cit.*), mais je ne crois pas qu'il y ait lieu d'appliquer cette mesure à une instance engagée entre parents au

venir entre personnes indiquées par la loi[3], même à la demande en mainlevée de l'opposition formée par un ascendant au mariage de son descendant. Dira-t-on « qu'un père qui s'op-« pose au mariage de son enfant est présumé agir dans l'in-« térêt bien ou mal conçu de cet enfant, qu'il n'est pas con-« venable de punir par une condamnation de dépens une « tentative faite dans une pareille vue, et que les tribunaux « doivent, au contraire, en évitant en pareil cas toute rigueur « extrême, apprendre aux enfants qu'ils doivent respecter les « auteurs de leurs jours jusque dans leurs erreurs »[4]? Je répondrai que l'article 130 ne distingue pas, et que l'article 179 du Code civil marque assez d'égards pour les ascendants en défendant de les condamner aux dommages-intérêts; mais qu'il serait souverainement injuste de mettre tous les dépens à la charge d'une partie qui obtient gain de cause et dont la conduite est sans reproche, et que, si quelqu'un devait les payer en entier, c'est l'ascendant qui est dans son tort, et non

degré déterminé par l'article 131, puis interrompue et reprise entre parents plus éloignés. C'est le jugement qui prononce la compensation des dépens, et c'est à ce moment qu'il faut considérer le degré de parenté qui existe entre les parties: la chambre des requêtes n'a pas jugé le contraire le 14 novembre 1860 (D. P. 61. 1. 338), car, dans l'espèce, les parties avaient respectivement succombé sur quelques chefs, et c'était, comme on va le voir, un motif suffisant de compenser les dépens entre elles. Une question analogue s'est posée au sujet des instances en séparation de corps éteintes par le décès d'un des époux, et reprises par l'héritier de cet époux en vue d'obtenir la révocation des avantages matrimoniaux assurés au conjoint survivant. La jurisprudence est à peu près fixée sur le sort de cette instance — l'action en séparation de corps ne peut être reprise dans ces conditions (Voy., sur ce point, le tome VII) — mais il reste à savoir: 1° si le tribunal qui en est saisi peut encore statuer sur les dépens; 2° si, dans le cas de l'affirmative, il a le droit de les compenser. J'examinerai cette première question au tome VII, à propos des causes d'extinction des instances autres que le jugement; mais, si l'on admet que le tribunal conserve le droit de statuer en pareil cas sur les dépens, il faut lui donner aussi le pouvoir de les compenser, car il s'agit d'un procès entre conjoints. Qu'on n'objecte pas qu'au moment du jugement ce ne sont plus deux conjoints qui sont en présence, mais le conjoint du survivant et l'héritier du prédécédé : l'objection porterait si ces derniers avaient qualité pour reprendre l'instance; mais, s'ils ne l'ont pas, le procès n'a jamais été lié qu'entre deux conjoints, et c'est le cas de prononcer la compensation. Voy., sur ce point, un arrêt de la cour de Caen, du 3 mai 1864, qui décide que le tribunal n'a pas le droit de statuer sur les dépens d'une instance ainsi éteinte (D. P. 65. 2. 119), et trois arrêts (Rouen, 20 août 1863; Paris, 5 avr. 1864; Metz, 30 août 1864) qui, admettant implicitement l'opinion contraire, disent qu'il y a lieu de compenser (D. P. 65. 2. 119).

[3] Voy. notamment, en matière de séparation de corps, Rouen, 13 mars 1816 (D. A. v° *Séparation de corps*, n° 34), et la note précédente.

[4] Caen, 10 déc. 1819 (D. A. v° *Mariage*, n° 330). Aj., dans le même sens, Amiens, 13 févr. 1806 (D. A. v° *et loc. cit.*).

pas le descendant qui est dans son droit[5]. L'article 131 n'admet qu'une exception : « L'enfant qui attaquera le partage « fait par l'ascendant devra faire l'avance des frais de l'esti- « mation, et il les supportera en définitive, ainsi que les dé- « pens de la contestation, si la réclamation n'est pas fondée »[6].

§ **1104**. 2) « Les juges pourront aussi compenser les « dépens en tout ou en partie, si les parties succombent res- « pectivement sur quelques chefs ». Dans le premier cas c'était une mesure de convenance; ici c'est une règle de justice absolue, car, si la condamnation aux dépens est la réparation du dommage causé par une demande mal fondée ou par une résistance injuste[1], elle doit, naturellement, se partager entre plaideurs également coupables, l'un d'avoir formé des demandes dont il eût dû s'abstenir, l'autre d'avoir résisté à des demandes auxquelles il eût dû acquiescer.

Aussi faut-il dire, en partant de ce point de vue, que les dépens doivent être compensés : α) si la demande comprend plusieurs chefs sur lesquels les parties ont respectivement gagné ou perdu[2]; β) s'il n'y a qu'un seul chef de demande, mais que les parties soient en faute l'une à l'égard de l'autre,

[5] Demolombe, *op. cit.*, t. III, n° 175. Marcadé, *op. cit.*, t. I, n° 616.

[6] C. civ., art. 1080. Cet article refuse la compensation des dépens à l'enfant qui, sans respect pour la volonté paternelle, a injustement attaqué le partage d'ascendant : le tribunal ne pourrait compenser les dépens entre lui et les autres copartagés sans violer expressément cette disposition (Duranton, *op. cit.*, t. IX, n° 660; Demolombe, *op. cit.*, t. XXIII, n° 209; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 39; Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. IV, n° 248 *bis*); mais l'article 131 reprend son empire dans le cas contraire, et les dépens peuvent être compensés si l'enfant qui a demandé la nullité ou la rescision du partage a obtenu gain de cause (Demolombe, *op. cit.*, t. XXIII, n° 210; Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*; Marcadé, *op. et loc. cit.*).

§ **1104**. [1] Voy., sur ce principe, *suprà*, § **1092**.

[2] Voy., sur l'application de cette règle, req. 14 août 1817 (D. A. v° *Effets de commerce*, *loc. cit.*); req. 25 janv. 1827 (D. A. v° *Frais*, n° 92); Bordeaux, 14 janv. 1830 (D. A. v° *cit.*, n° 89); req. 6 déc. 1830 (D. A. v° *Contrat de mariage*, *loc. cit.*); civ. rej. 1er août 1832 (D. A. v° *Frais*, n° 88); civ. rej. 19 août 1834 (D. A. v° *cit.*, n° 45); req. 20 déc. 1836, Amiens, 29 déc. 1836 (D. A. v° *cit.*, n° 90); req. 31 janv. 1837 (D. A. v° *cit.*, n° 86); civ. rej. 12 juill. 1837 (D. A. v° *Obligations*, *loc. cit.*); req. 14 mai 1838 (D. A. v° *Frais*, n° 86); civ. rej. 2 juill. 1839 (D. A. v° *Eaux*, *loc. cit.*); req. 11 nov. et 24 déc. 1839 et 6 janv. 1840 (D. A. v° *Frais*, *loc. cit.*); civ. rej. 12 mars 1841 (D. A. v° *Cassation*, *loc. cit.*); req. 31 mars 1858 (D. P. 58. 1. 194); req. 18 janv. 1860 (D. P. 60. 1. 172); Poitiers, 5 nov. 1865 (D. P. 66. 2. 69); civ. rej. 8 juin 1869 (D. P. 69. 1. 303); req. 16 août 1870 (D. P. 71. 1. 284); Grenoble, 26 juin 1895 (D. P. 96. 2. 139).

ou que, le jugement donnant à la fois tort et raison à chacune d'elles, on ne puisse pas dire qu'aucune ait gagné ou perdu. On compensera donc les dépens : α) entre plaideurs dont le procès aura fait éclater la mauvaise foi et l'esprit de chicane[3]; β) entre un créancier qui demande 10.000 francs et un débiteur qui nie sa dette, quand le tribunal jugera qu'ils ont tort tous deux, que la dette existe, mais qu'elle est seulement de 5.000 francs[4]. Si le créancier a demandé 10.000 francs, que le débiteur en ait offert 5.000, et que le tribunal, jugeant ses offres suffisantes, l'ait condamné à en payer le montant, il faut, suivant moi, distinguer. Le débiteur a-t-il fait ces offres dès la première demande du créancier, c'est lui qui triomphe puisqu'elles sont jugées suffisantes : le créancier doit payer tous les frais. Ces offres ont-elles été faites et refusées en cours d'instance, les dépens doivent être compensés, car les deux parties succombent, puisque l'une est condamnée au montant de ses offres après avoir commencé par nier sa dette, et l'autre forcée de s'en contenter après avoir réclamé d'abord davantage; elles sont même également en faute, l'une d'avoir fait des offres tardives, l'autre d'avoir refusé des offres suffisantes[5].

[3] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 182. Paris, 7 janv. 1809 (D. A. v° *Responsabilité*, n° 92). Bordeaux, 8 janv. 1830 (D. A. v° *Frais*, n° 91). Il en est de même si les deux parties ont concouru à la violation de la loi, ou fait naître le procès par une erreur qui leur est commune (Civ. cass. 5 mars 1823, D. A. v° *Impôts indirects*, n° 471; Aix, 27 janv. 1825, D. A. v° *Frais, loc. cit.*; Metz, 25 janv. 1865, D. P. 65. 2. 104). Rodière ajoute à ces hypothèses celle où l'une des parties s'est livrée contre l'autre à des imputations injurieuses ou diffamatoires (*Op. cit.*, t. I, p. 283); la partie des dépens qui serait mise à sa charge aurait, dans ce cas, le caractère de dommages-intérêts (Voy. *suprà*, § **1092**). Le tribunal peut encore compenser les dépens quand le défendeur a eu le tort d'opposer tardivement un moyen péremptoire (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 183); on pourrait même, en pareil cas, mettre à sa charge la totalité des dépens (Voy. *suprà*, § **1100**).

[4] Cons. d'Et. 18 août 1857 (D. P. 58. 3. 36). Trib. comm. de la Seine, 4 sept. 1862 (D. P. 63. 3. 80). Paris, 9 nov. 1871 (D. P. 71. 5. 209). D'autres arrêts ont cru devoir condamner à la totalité des dépens le demandeur qui n'obtient qu'une partie de ce qu'il réclamait (Req. 19 mars 1829, D. A. v° *Frais*, n° 42; req. 19 avr. 1848, D. P. 48. 1. 95), ou le défendeur qui n'est condamné qu'à une partie de la somme demandée (Bordeaux, 8 janv. 1830, D. A. v° *Expert*, n° 289; req. 5 nov. 1834, D. A. v° *Frais*, n° 43; Orléans, 17 août 1853, D. P. 53. 2. 194). Ces divergences s'expliquent par le principe que la compensation des dépens est toujours facultative, et que le tribunal a un pouvoir d'appréciation discrétionnaire pour déterminer quelle partie gagne le procès et quelle partie le perd (Voy. *suprà*, même §; et, sur cette question, Rodière, *op. et loc. cit.*, Bonnier, *op. et loc. cit.*).

[5] Voy., sur cette question, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 188; Carré, *op. cit.*, t. I,

La situation est plus compliquée si des incidents ont traversé le débat principal, et que la partie qui succombe au fond ait eu gain de cause sur quelques-uns d'entre eux. Il n'est pas défendu de réserver jusqu'au jugement final les dépens auxquels ces incidents ont donné lieu[6], mais on ne fait ainsi que reculer la difficulté, qui est de savoir si la partie qui succombe au fond doit payer les frais des incidents où elle a triomphé. La jurisprudence a résolu cette difficulté par une distinction : α) les incidents étrangers à l'instruction (fins de non-recevoir, déclinatoires, demandes provisoires, ou mises en cause) forment, au point de vue des dépens, autant de procès distincts dont les frais sont payés par la partie qui y succombe, le jugement du fond fût-il rendu à son profit[7]; β) les incidents d'instruction (inscription de faux, demandes de remise, de vérification d'écriture, d'enquête ou de communication de pièces) s'identifient avec le fond lorsqu'ils donnent lieu à des jugements simplement préparatoires, et, par conséquent, la partie qui succombe au fond en supporte les frais[8]. L'attribution des dépens est

quest. 558; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* req. 15 juill. 1875 (D. P. 76. 1. 314). *Quid*, si le créancier accepte les offres du débiteur? Doit-il être condamné à la totalité des frais déjà faits? Je ne le crois pas : les deux parties succombent, car l'une est condamnée et l'autre obtient une somme inférieure au montant de sa demande; il y a donc lieu de compenser les dépens entre elles (Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*). On l'a contesté en disant que le créancier n'est pas en faute d'avoir trop demandé, et que les peines des plaideurs téméraires n'existent pas en droit français (Bioche, *op. et loc. cit.;* Carré, *op. et loc. cit.*). J'en conviens (Voy. *suprà*, § **1092**), mais il n'en est pas moins vrai que le demandeur succombe en partie, et doit payer une portion des frais qu'a occasionnés sa demande incomplètement justifiée : c'est le principe sur lequel repose la condamnation aux dépens, et il n'y a aucune raison de lui en épargner l'application. Il a même été jugé que la compensation peut être ordonnée : 1° lorsque les offres du débiteur sont jugées insuffisantes (Paris, 9 nov. 1871; D. P. 71. 5. 203); 2° lorsque le créancier restreint volontairement ses premières conclusions (Req. 18 mai 1808, D. A. *v° cit.*, n° 91; Bordeaux, 8 janv. 1830, D. A. v° *Expert. loc. cit.*).

[6] Bourges, 14 juin 1851 (D. P. 54. 5. 399). Civ. rej. 14 juin 1882 (D. P. 82. 5. 239). Mais il est défendu de réserver ceux d'une décision d'ores et déjà définitive (Civ. cass. 15 déc. 1896; D. P. 97. 1. 451; S. 97. 1. 184).

[7] Nancy, 13 févr. 1845 (D. P. 45. 2. 69). Req. 28 févr. 1849 (D. P. 49. 1. 158). Req. 26 juin 1855 (D. P. 55. 1. 418). Civ. rej. 5 nov. 1860 (D. P. 60. 1. 490). Voy., dans le même sens, O. avr. 1667, tit. XXXI, art. 3 : « Si, dans le cours du procès, il survient quelque incident qui soit jugé définitivement, les dépens en « seront pareillement adjugés », Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 108 et suiv., 116 et 118, Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 554; et, en sens contraire, Carré, *op. et loc. cit.*

[8] Req. 15 nov. 1865 (D. P. 66. 1. 49). Req. 6 août 1894 (D. P. 95. 1. 33). Voy.,

controversée dans le cas où ces mêmes incidents donnent naissance à des jugements interlocutoires, mais on verra plus loin que ces jugements sont, en un sens, irrévocables et armés de l'autorité de la chose jugée[9] : j'en conclus qu'ils sont distincts du jugement définitif, et que la partie qui y succombe en paie les frais quand même elle finirait par gagner son procès[10]. D'ailleurs, c'est aux juges d'apprécier, d'après les résultats généraux du procès, si l'on peut dire qu'une partie l'ait complètement gagné ou qu'elle l'ait perdu en partie[11], et le principe qu'on n'est jamais tenu de compenser les dépens diminue sensiblement l'intérêt de ces questions[12].

§ **1105**. Est-ce bien de compensation qu'il s'agit dans les deux cas prévus par l'article **131**? Cette expression se comprend mal dans l'hypothèse où les dépens sont partagés, pour cause de parenté ou d'alliance, entre deux plaideurs dont l'un a gagné l'autre perdu son procès : la compensation suppose nécessairement deux dettes[1], et, dans l'espèce, il n'y en a qu'une, celle du perdant[2]. L'idée de compensation se conçoit mieux quand les dépens sont répartis entre deux plaideurs qui succombent respectivement sur quelques chefs, ou qui triomphent et succombent à la fois sur un même chef : dans ce cas il y a réellement deux dettes, car chacune des parties doit à l'autre la réparation du dommage qu'elle lui a causé en lui intentant une action ou en lui opposant une défense qui n'était pas entièrement fondée[3]. Toutefois, même dans cette hypothèse, la compensation des dépens diffère en trois

dans le même sens, Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 81 et 115 ; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*

[9] Voy. *infrà*, § **1136**.

[10] Voy., en ce sens, Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*, req. 27 nov. 1876 (D. P. 77. 1. 261); et, en sens contraire, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 115. Voy. encore, sur cette question, Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 559; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*

[11] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 185.

[12] Voy., sur ce principe, *suprà*, § **1102**.

§ **1105**. [1] « Lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une de l'autre, « il s'opère entre elles une compensation qui éteint les deux dettes » (C. civ., art. 1289).

[2] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 177. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 278.

[3] Voy., sur ce principe, *suprà*, § **1092**.

points de la compensation proprement dite, telle qu'elle est prévue et réglée par les articles **1289** et suivants du Code civil[4]. 1) La compensation proprement dite ne peut s'opérer qu'entre deux dettes liquides, c'est-à-dire dont l'existence et la quotité sont dès maintenant certaines[5]; la compensation des dépens supprime les deux dettes, au moins dans le cas où elle est totale, c'est-à-dire qu'elle dispense d'établir le chiffre total des frais en laissant chaque partie payer les siens[6]. 2) La compensation qui s'opère entre deux dettes inégales n'éteint la plus forte que jusqu'à concurrence du montant de la plus faible[7]; la compensation des dépens s'opère, lorsqu'elle est totale, entre deux dettes qui peuvent être inégales, et les annule en obligeant la partie qui a fait le plus de frais à les payer en entier sans aucune répétition contre son adversaire[8]. On dit alors que les dépens ne sont adjugés à personne[9], et que le tribunal renvoie les parties « sans dépens »[10]. 3) La compensation proprement dite a lieu de plein droit et par le seul fait de la coexistence de deux dettes[11]; celle des dépens ne s'opère que par la volonté du

[4] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 178. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*

[5] « La compensation n'a lieu qu'entre deux dettes qui ont également pour objet « une somme d'argent ou une certaine quantité de choses fongibles de la même « espèce, et qui sont également liquides et exigibles » (C. civ., art. 1291).

[6] Chaque partie supporte alors sans répétition ses propres avances (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 190; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 560; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Grenoble, 5 juill. 1823, D. A. *v° cit.*, n° 922). Les frais du jugement sont à la charge de la partie qui le lève, et ceux de la signification à la charge de la partie qui le signifie (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 193; voy. cep. Bordeaux, 19 juill. 1831, D. A. v° *Bourse de commerce*, n° 533). Il en est différemment en cas de compensation partielle : lorsqu'une partie est condamnée à payer, outre ses propres frais, une partie de ceux de son adversaire, on comprend dans le mémoire de ce dernier toutes les dépenses par lui faites qui sont susceptibles d'être classées parmi les dépens (Voy., sur ce point, *infrà*, §§ **1198** et suiv.) : non-seulement ses avances, mais encore le coût du jugement et de la signification du jugement (Voy., sur ce point, Carré, *op. et loc. cit.*; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*).

[7] « Les deux dettes s'éteignent réciproquement, à l'instant où elles se trouvent « exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives » (C. civ., art. 1290).

[8] Voy., sur l'application de cette règle, *supra*, note 6.

[9] Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 557. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*

[10] Carré, *op. et loc. cit.* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. cit.*, n° 286.

[11] « La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même « à l'insu des débiteurs » (C. civ., art. 1290).

juge qui a le pouvoir discrétionnaire de ne pas la prononcer[12]. Aussi, si la locution *compenser les dépens* n'était pas consacrée par l'usage, ferait-on mieux de dire que, dans les deux cas prévus par l'article 131, le juge refuse à chacune des parties le droit de répéter contre l'autre tout ou partie des frais qu'elle a exposés.

§ **1106**. 2° On peut aussi régler les dépens en n'en faisant qu'une seule masse que chaque partie paiera par moitié, ou dans une autre proportion déterminée par le tribunal[1] : ce mode de règlement est fréquent dans la pratique, et sa légalité ne fait aucun doute, car le juge, que l'article 131 autorise à faire payer les dépens par les deux plaideurs, entre pleinement dans les vues de la loi en cherchant le moyen le plus simple et le plus équitable de répartir cette charge entre eux[2]. Or celui-ci est plus équitable que la compensation totale, et plus simple que la compensation partielle. Primus et Secundus ont plaidé l'un contre l'autre ; Primus demandait 100.000 francs, Secundus prétendait ne

[12] Voy. *suprà*, même §. La compensation n'est pas toujours légale, mais la compensation facultative ou judiciaire produit les mêmes effets que la compensation légale, excepté qu'au lieu de s'éteindre réciproquement du jour même où elles existent, les deux dettes ne s'éteignent : 1° en vertu de la compensation facultative, que du jour où elle est opposée (Toullier, *op. cit.*, t. VI, n°s 396 et suiv., Demolombe, *op. cit.*, t. XXVIII, n° 67, Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 236, Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, n° 251 *bis*-VI, Larombière, *op. cit.*, t. VI, sur l'art. 1293, n° 13 ; *contrà*, Frédéric Duranton, *Étude sur la nature et les effets de la compensation*, dans la *Revue de droit français et étranger*, t. XIII, 1846, p. 874) ; 2° en vertu de la compensation judiciaire, qu'à la date de la demande ou du jugement qui l'admet : ce dernier point est, d'ailleurs, controversé (Voy. Demolombe, *op. cit.*, t. XXVIII, n° 691 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 237; Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, n° 251 *bis*-VIII ; Larombière, *op. cit.*, t. VI, sur l'art. 1293, n° 26). La compensation des dépens diffère donc également de la compensation facultative ou judiciaire et de la compensation légale (Voy., sur la compensation judiciaire, à propos des demandes reconventionnelles, t. I, § **396**).

§ **1106**. [1] On appelle quelquefois ce procédé compensation proportionnelle (Voy. notamment Bioche, *op. et v° cit.*, n° 45); mais, en réalité, il n'y a pas plus de compensation dans cette hypothèse que dans l'application de l'article 131.

[2] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 164. Colmet-Daage et Glasson, sur Boitard, *op. cit.*, t. I, p. 282, note 1. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 281. Bonnier, *op. cit.*, n° 288. La jurisprudence n'a pas eu à se prononcer expressément sur la légalité de ce procédé, car elle n'a jamais été sérieusement contestée : c'est cette manière de régler les dépens que semble viser l'arrêt de la cour de Bourges, du 12 novembre 1831 (D. A. *v° cit.*, n° 78). Dans le cas de l'arrêt de la cour de cassation (chambre civile) du 23 février 1874 (D. P. 74. 1. 389), la difficulté portait uniquement sur l'application du principe.

rien devoir ; le tribunal a accordé 50.000 francs, et, pour en arriver là, Primus a dépensé 300 francs et Secundus 200 : 1° il est plus équitable de réunir tous ces dépens en une seule masse de 500 francs, dont Primus et Secundus paieront chacun 250 francs, que de prononcer la compensation totale qui fera payer 300 francs à l'un et 200 francs à l'autre, alors qu'ils sont renvoyés dos à dos et que chacun d'eux est débouté de la moitié de ses prétentions[3]; 2° on arriverait au même résultat en établissant la compensation partielle, en condamnant Primus à payer les 300 francs de frais qu'il a faits sauf à répéter 50 francs contre Secundus, et en condamnant Secundus à payer ses propres frais qui s'élèvent à 200 francs plus ceux de Primus jusqu'à concurrence de 50 francs ; mais il sera beaucoup plus simple de faire de tous ces frais une seule masse que chacun paiera par moitié[4]. On verra au § **1213** s'il y a intérêt, au point de vue de la distraction des dépens, à distinguer le cas où le tribunal en a fait masse du cas où il les a compensés.

§ **1107**. Je n'ai supposé, dans les §§ qui précèdent, qu'une demande et deux parties, mais le procès peut se compliquer : 1° de la présence de plusieurs parties succombant sur une seule et même demande ; 2° de la circonstance qu'il y a plus d'une demande et plus de deux parties, et qu'une ou plusieurs d'entre elles sont étrangères à quelqu'une des demandes qui ont été formées ; 3° de l'intervention volontaire ou forcée d'une partie étrangère à la demande originaire.

§ **1108**. A. Lorsque plusieurs parties plaident ensemble et perdent ensemble leur procès, il est de règle de ne con-

[3] C'est pour cela qu'il est intéressant et équitable de faire masse des dépens dans le cas même où ils doivent être partagés par moitié : les frais du demandeur sont généralement plus considérables que ceux du défendeur (Bonnier, *op. et loc. cit.*).

[4] La masse des dépens, qui se partage entre les deux parties, comprend tous les frais qui ont été faits ou qui vont l'être encore, c'est-à-dire les avances des deux parties, les frais du jugement, et ceux de la signification du jugement (Bioche; *op. et v° cit.*, n° 191 ; Bourges, 12 nov. 1831, D. A. *v° et loc. cit.*). La règle est la même, à ce point de vue, qu'en matière de compensation partielle (Voy. le § précédent, note 6).

§ **1107**...

damner chacune d'elles aux dépens que pour sa part : l'article 1202 du Code civil défend de présumer la solidarité, et la loi ne la prononce pas pour les dépens[1]. Si donc les parties ont agi dans un intérêt collectif, les frais du procès se partagent entre elles par tête; si elles ont représenté des intérêts particuliers, chacune d'elles paie les frais qu'elle a faits; si elles ont agi dans le même intérêt, mais que l'une d'elles ait soulevé un incident particulier et qu'elle y ait succombé, elle est seule à payer les dépens[2]. Il y a trois exceptions à ce principe.

1° Si plusieurs parties sont condamnées ensemble par un tribunal de première instance à payer des dommages-intérêts « pour un même crime ou pour un même délit », elles doivent acquitter solidairement les dépens aux termes de l'article 55 du Code pénal[3], qui dispose qu'elles seront « te- « nues solidairement des frais »[4], sans distinguer suivant

§ **1108.** [1] Merlin, *op. cit.*, v° *Dépens*, § VII. Duranton, *op. cit.*, t. XI, n° 192. Demolombe, *op. cit.*, t. XXVI, n° 269. Larombière, *op. cit.*, t. III, sur l'art. 1202, n° 23. Bioche, *op. et v° cit.*,, n°s 83 et 84. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 553. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boncenne, *op. cit.*, t. II, p. 529. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 276. Bonnier, *op. cit.*, n° 284. Civ. cass. 15 mai 1811 (D. A. v° *Obligations*, n° 1488). Rennes, 12 juill. 1813; civ. cass. 20 juill. 1814; Agen, 8 févr. 1824; Bordeaux, 1er août 1829 (D. A. v° *Frais*, n° 93). Rouen, 14 juill. 1827 (D. A. v° *cit.*, n° 102). Civ. cass. 17 janv. 1832 (D. A. v° *Contrainte par corps*, n° 244). Civ. cass. 28 févr. 1848 (D. P. 48. 1. 122). Civ. cass. 3 mars 1868 (D. P. 68. 1. 155). Rouen, 29 juin 1870 (D. P. 71. 2. 239). Bordeaux, 13 août 1872 (D. P. 73. 2. 209). Civ. cass. 18 déc. 1878 (D. P. 79. 1. 245). Civ. cass. 25 oct. 1887 (D. P. 88. 1. 72). Civ. cass. 22 oct. 1888 (D. P. 88. 5. 267). Rennes, 25 janv. 1894 (D. P. 94. 2. 192). Civ. cass. 10 déc. 1895 (D. P. 96. 1. 387). Cons. d'Ét. 13 mars 1896 (D. P. 97. 3. 37). Civ. cass. 8 juill. 1896 (D. P. 97. 1. 361; S. 97. 1. 217). Civ. cass. 6 avr. 1898 (D. P. 98. 1. 305). *Contrà*, Rouen, 17 mai 1808 (D. A. v° *Frais*, n° 97).

[2] Merlin, *op.*, *v° et loc. cit.* Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 98 et suiv. Carré, *op. et loc. cit.* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boncenne, *op. cit.*, t. II, p. 529 et suiv. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 280. Bordeaux, 30 janv. 1860 (D. P. 60. 2. 176). Le silence du jugement, quant à la répartition des dépens entre les parties condamnées, ne doit pas faire supposer qu'aucune d'elles soit exonérée de cette condamnation; elle en est tenue de plein droit pour sa part virile (Civ. cass. 26 juin 1893; D. P. 93. 1. 405).

[3] Aj. D. 18 juin 1811, art. 156 : « La condamnation aux frais sera prononcée, « dans toutes les procédures, solidairement contre tous les auteurs et complices « du même fait, et contre les personnes civilement responsables du délit. »

[4] Les articles 55 du Code pénal et 156 du décret du 18 juin 1811 ne s'appliquent pas aux contraventions (Toullier, *op. cit.*, t. XI, n° 151; Demolombe, *op. cit.*, t. XXVI, n° 265; Marcadé, *op. cit.*, t. IV, n° 604; Larombière, *op. cit.*, t. III, sur l'art. 1202, n° 18). De quelle solidarité s'agit-il en matière de crimes et de délits? De la solidarité proprement dite, ou de la solidarité imparfaite qu'on appelle aussi obligation *in solidum*? Voy. Demolombe, *op. cit.*, t. XXVI, n°s 273 et suiv.; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 21; Colmet de Santerre, *op.*

que l'action civile a été intentée séparément devant le tribunal de première instance, ou portée avec l'action publique devant la cour d'assises ou devant le tribunal correctionnel[5]; cette solidarité a lieu de plein droit, et sans que le tribunal ait besoin de la prononcer[6].

2° La jurisprudence qui oblige les tribunaux civils à condamner solidairement aux dommages-intérêts, pour la réparation d'un délit ou d'un quasi-délit civil[7], entraîne cette conséquence admise aujourd'hui sans difficulté, que la condamnation aux dépens peut être prononcée solidairement toutes les fois qu'ils sont adjugés pour tenir lieu de dommages-intérêts[8]. Toutefois, cette solidarité n'existe pas de plein

cit., t. V, n° 131 *bis*-I, II et III; Laurent, *op. cit.*, t. XVII, n°s 313 et suiv.; Rodière, *De la solidarité et de l'indivisibilité* (Paris et Toulouse, 1852), n° 312.

[5] Merlin, *Questions de droit*, v° *Solidarité*, § X, n° 4. Delvincourt, *op. cit.*, t. II, p. 712, note 1. Demolombe, *op. cit.*, t. XXVI, n° 266. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 20. Larombière, *op. cit.*, t. III, sur l'art. 1202, n° 20. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 25. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Civ. cass. 6 avr. 1898 (D. P. 98. 1. 305). Il n'importe pas davantage : 1° que les coauteurs ou complices du même crime ou du même délit aient été condamnés à des peines différentes, ou les uns condamnés et les autres acquittés (Demolombe, *op. cit.*, t. XXVI, n° 267); 2° que les dommages-intérêts aient été répartis inégalement entre eux, à raison de leur inégale culpabilité (Demolombe, *op. cit.*, t. XXVI, n° 268; Larombière, *op. cit.*, t. III, sur l'art. 1202, n° 21; Rodière, *op. cit.*, n° 315).

[6] « La solidarité ne se présume point, il faut qu'elle soit expressément stipulée; « cette règle ne cesse que dans les cas où la solidarité a lieu en plein droit, en « vertu d'une disposition de la loi (C. civ., art. 1202).

[7] Dalloz et Vergé, *Code civil annoté*, art. 1202, n°s 41 et suiv. Req. 15 janv. 1878 (D. P. 78. 1. 152). Req. 12 janv. 1881 (D. P. 81. 1. 148). Req. 20 mars 1883 (D. P. 83. 1. 202). Voy., dans le même sens, Merlin, *op. et v° cit.*, § XI, Demolombe, *op. cit.*, t. XXVI, n°s 279 et suiv., Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 22, Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, n° 135 *bis*-III, Larombière, *op. cit.*, t. II, sur l'art. 1202, n° 22; et, en sens contraire, Toullier, *op. cit.*, t. XI, n° 151, Duranton, *op. cit.*, t. XI, n° 194, Marcadé, *op. cit.*, t. II, n° 604, Laurent, *op. cit.*, t. XVII, n°s 317 et suiv. Cette solidarité n'a pas lieu de plein droit faute d'un texte exprès qui l'édicte, mais il y a obligation de la prononcer lorsque le demandeur y a conclu : c'est ce que supposent formellement la plupart des arrêts précités, aux termes desquels la condamnation solidaire « peut et doit « être prononcée »; voy. cep. celui de la chambre des requêtes, du 7 août 1837 (D. A. v° *Mandat*, n° 75), qui porte que la solidarité a lieu de plein droit pour les restitutions ordonnées en cas de fraude ou de dol. La solidarité entre coauteurs d'un délit ou quasi-délit civil est-elle une véritable solidarité, ou seulement une obligation *in solidum?* Voy., sur ce point, Demolombe, *op. et loc. cit.*; Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*

[8] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 92 et suiv. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 553. Boncenne, *op. cit.*, t. II, p. 532. Req. 6 juin 1811 (D. A. v° *Frais*, n° 100). Req. 23 févr. 1813 et 26 nov. 1816 (D. A. *v° cit.*, n° 99). Civ. cass. 30 déc. 1828 (D. A. v° *Contrainte par corps*, n° 487). Civ. rej. 27 avr. 1835 (D. A. v° *Frais, loc. cit.*). Civ. rej. 12 janv. 1837 (D. A. v° *Obligations*, n° 4520). Req. 11 juin 1839 (D. A. *v° cit.*, n° 1469). Req. 17 févr. 1842 (D. A. v° *Contrat de*

droit, et le tribunal ne peut la prononcer qu'à la demande des parties intéressées, et en relevant expressément à la charge des parties condamnées un fait qui motive cette aggravation de leur responsabilité[9].

3° Les codébiteurs solidaires sont ainsi tenus non-seulement du montant de leur obligation, mais encore des dépens auxquels ils ont été condamnés; cette solidarité qui n'existe pas non plus de plein droit, et que le tribunal ne peut accorder si le créancier n'y a pas conclu[10], résulte de l'article 1206 du Code civil et de la combinaison des articles 1216 et 2016 du même Code. 1) Il ressort de l'article 1206 que les codébiteurs solidaires se représentent les uns les autres, toutes les fois qu'il s'agit seulement de conserver les droits du créancier[11]; si les poursuites intentées contre l'un d'eux

mariage, n° 3851). Civ. rej. 5 févr. 1856 (D. P. 56. 1. 83). Req. 13 juill. 1857 (D. P. 58. 1. 348). Civ. cass. 7 janv. 1861 (D. P. 62. 1. 96). Civ. cass. 3 mars 1868 (D. P. 68. 1. 155). Req. 25 juill. 1870 (D. P. 72. 1. 25). Bordeaux, 13 août 1872 (D. P. 73. 2. 209). Req. 22 mars 1882 (D. P. 82. 1. 285). Civ. cass. 5 juin 1882 (D. P. 83. 1. 173). Civ. rej. 12 août 1891 (D. P. 92. 1. 623; S. 92. 1. 245). Req. 9 mai 1892 (D. P. 92. 1. 360). Req. 15 juin 1892 (D. P. 92. 1. 596; S. 93. 1. 281). Civ. rej. 23 nov. 1892 (D. P. 93. 1. 201; S. 94. 1. 441). Alger, 6 févr. 1894 (D. P. 95. 2. 531). Req. 7 nov. 1894 (D. P. 95. 1. 84).

[9] Bourges, 18 nov. 1890 (D. P. 92. 2. 21; S. 92. 2. 241). Civ. cass. 8 juill. 1896 (D. P. 97. 1. 361; S. 97. 1. 217). Civ. cass. 13 janv. 1897 (D. P. 97. 1. 151). C'est la même règle que pour la condamnation solidaire aux dommages-intérêts en cas de délit ou de quasi-délit civil (Civ. rej. 6 avr. 1859, D. P. 59. 1. 223; req. 6 mars 1866, D. P. 66. 1. 270; voy. la note précédente). Toutefois, la cour de cassation a jugé très raisonnablement que le jugement qui prononce la condamnation solidaire aux dommages-intérêts, sans répéter le mot *solidairement* à propos des dépens, doit être interprété en ce sens que la solidarité par lui prononcée s'applique aussi bien aux dépens qu'aux dommages-intérêts (Req. 19 févr. 1867; D. P. 67. 1. 306).

[10] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 96. Rodière, *Cours de compétence et de procédure en matière civile*, *loc. cit.* Paris, 13 therm. an XIII (D. A. v° *Frais*, n° 98). Civ. rej. 19 avr. 1841 (D. A. v° *Obligations*, n° 2026).

[11] Dumoulin, *Extricatio labyrinthi dividui et individui*, n°s 125 et 127 (Dans ses *Œuvres complètes*, t. III, p. 223). Pothier, *Des obligations*, n°s 271 et suiv. On peut se demander si l'article 1205 du Code civil applique exactement cette règle, et si l'article 1207 y est conforme, mais il ne me paraît pas douteux que l'article 1203 en soit l'expression (Demolombe, *op. cit.*, t. XXVI, n°s 341 et suiv., Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 28 et suiv., Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, n°s 137 et suiv., Laurent, *op. cit.*, t. XVII, n°s 294 et suiv.; voy. cep. Demante, *Programme du Cours de Code civil*, t. II, n°s 133 et 136, Féder, *De la corréalité en droit romain et de la solidarité dans le droit français*, Thèse pour le doctorat (Paris, 1877), n°s 5 et suiv.). Ces deux auteurs, qui n'admettent pas l'idée du mandat réciproque *ad conservandam obligationem*, considèrent les codébiteurs solidaires comme des cautions mutuelles, s'obligeant à payer les unes pour les autres la dette ou la partie de la dette qui ne les concerne pas personnellement. Le résultat est le même, car tout ce qui perpétue l'obligation à l'égard de l'une de ces cautions mutuelles produit le même effet à l'égard de l'autre.

interrompent la prescription et font courir les intérêts moratoires à l'égard d'eux tous, à plus forte raison chacun d'eux peut-il être poursuivi en paiement de la totalité des frais. 2) L'article **1216** dispose que les codébiteurs solidaires sont considérés comme cautions les uns des autres[12], et l'article **2016**, que le cautionnement indéfini d'une obligation s'étend même aux frais de la demande formée contre le débiteur principal; la solidarité s'applique donc nécessairement à ceux de la demande formée par le créancier contre les codébiteurs solidaires[13]. Je suppose, d'ailleurs, que ces frais ont été faits dans leur intérêt commun, car la solidarité ne pourrait pas être prononcée à raison de ceux qu'un codébiteur solidaire aurait faits dans son intérêt particulier[14].

§ **1109**. B. Peut-on condamner une partie qui succombe non-seulement aux frais de sa propre demande, mais encore à ceux d'une autre demande qu'elle n'a pas formée? Cela dépend des circonstances : les juges ont, sur ce point, le même pouvoir discrétionnaire d'appréciation que lorsqu'il s'agit de compenser les dépens ou de les faire payer en entier par une partie. Tout dépend, ici encore, des circonstances : autant il serait injuste de faire payer par une partie les frais d'une demande qu'elle n'a pas intentée, et pour laquelle on ne peut lui adresser aucun reproche, autant cette mesure devient équitable si c'est par sa faute qu'une telle demande a été formée. 1° Primus et Secundus poursuivent contre Tertius le paiement d'une créance de 50.000 francs, et Secundus use envers Tertius de procédés, auxquels Primus demeure étranger, et qui provoquent contre lui une demande reconvention-

[12] Voy., sur ce point, la note qui précède.

[13] Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 279. Bonnier, *op. cit.*, n° 284. Req. 1er août 1866 (D. P. 67. 1. 126). Bordeaux, 13 août 1872 (D. P. 73. 2. 209). *Contrà*, Duranton, *op. cit.*, t. XI, n° 542; Demolombe, *op. cit.*, t. XXVI, n° 271; Larombière, *op. cit.*, t. III, sur l'art. 1202, n° 23; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 276; Bourges, 25 mars 1829 (D. A. *v° cit.*, n° 558). Comp. Toulouse, 22 janv. 1835 (D. A. v° *Arbitrage*, n° 1075); req. 1er févr. 1893 (D. P. 94. 1. 278; S. 94. 1. 86); req. 20 juill. 1896 (D. P. 97. 1. 243; S. 97. 1. 364). On dit quelquefois contre la solidarité des dépens, même entre codébiteurs tenus solidairement de l'obligation principale, que le jugement a détruit et, en quelque sorte, nové cette obligation de manière que la solidarité n'y existe plus désormais (Voy. la réfutation de cette idée, *infrà*, § **1121**).

[14] Rodière, *op. et loc. cit.*

nelle en dommages-intérêts; Primus et Secundus perdent leur procès au principal, et Secundus est condamné envers Tertius à 1.000 francs de dommages-intérêts : Primus ne doit évidemment payer — la question de solidarité réservée — que sa part des frais faits sur la demande principale; Secundus doit payer seul, outre sa part de ces mêmes frais, ceux de la condamnation que ses agissements personnels lui ont valu. 2° Primus et Secundus revendiquent ensemble contre Tertius un immeuble dont ils se disent copropriétaires; Secundus agit par esprit de chicane, sachant pertinemment que Tertius est propriétaire, et se flattant, par de fausses apparences, d'en imposer à la justice; Primus est de bonne foi, et, confiant dans l'issue du procès, il ajoute à sa demande principale en revendication des conclusions qui tendent à la restitution des fruits de l'immeuble. Si tous deux succombent, Secundus sera justement condamné non-seulement aux frais de la demande principale, mais encore à ceux des conclusions additionnelles que Primus n'eût pas formées si Secundus l'avait éclairé sur le néant de leurs communes prétentions; mieux encore, Primus sera condamné aux frais de ces conclusions envers Tertius, et Secundus sera condamné à les rembourser à Primus[1].

§ **1110**. C. J'ai parlé aux §§ **938** et suivants de l'attribution des dépens en cas d'intervention forcée, d'appel en garantie, ou d'assignation en déclaration de jugement commun. Ceux de l'intervention volontaire sont réglés ainsi qu'il suit. 1° S'agit-il d'une intervention agressive[1], l'intervenant paie les dépens s'il succombe[2]; il les obtient s'il a gain de cause[3]; ils sont payés, dans ce dernier cas, par les deux parties principales ou par l'une d'elles, si ses agissements ont rendu

§ **1109**. [1] Voy., sur le pouvoir discrétionnaire des tribunaux quant aux frais des contestations auxquelles une partie est demeurée étrangère, req. 12 août 1824, 24 juill. 1828 et 8 nov. 1830 (D. A. *v° cit.*, n° 37). La question peut, d'ailleurs, se présenter sous un autre aspect. Quels sont les dépens auxquels la partie qui succombe doit être condamnée? Faut-il entendre par-là tous les frais du procès, ou bien n'y a-t-il pas certains frais dont la partie qui succombe doit être exonérée? Voy., sur ce côté de la question, *infrà*, §§ **1198** et suiv.

§ **1110**. [1] Voy., sur la distinction de l'intervention agressive et de l'intervention conservatoire, *suprà*, § **937**.
[2] Paris, 1er mars 1850 (D. P. 50. 2. 153).
[3] Paris, 15 nov. 1842 (D. A. v° *Intervention*, n° 140).

l'intervention nécessaire[4]. Si cependant l'intervention fait double emploi avec la demande originaire, les moyens de l'intervenant se confondant avec ceux d'une des parties principales, il paie, lors même qu'il triomphe, les dépens qu'il a faits en pure perte[5]. 2° L'intervention est-elle purement conservatoire[6], les frais qu'elle a occasionnés, mais ceux-là seulement, restent à la charge de l'intervenant[7], à moins qu'en se posant en adversaire d'une des parties originaires, il ne soit lui-même devenu partie principale, auquel cas il obtient les dépens s'il a gain de cause, et paie, s'il succombe, non-seulement ceux de sa propre intervention mais encore tous ceux du procès, conjointement avec la partie du chef de laquelle il intervenait et avec laquelle il a succombé[8]. 3° De quelque intervention qu'il s'agisse, l'intervenant ne paie les frais que s'il agit dans son intérêt personnel : les tuteurs, curateurs et administrateurs du bien d'autrui, énumérés au § **1096**, ne paient les dépens de leur intervention, même mal fondée, que s'ils ont commis personnellement quelque faute ou compromis en quelque chose les intérêts qui leur sont confiés[9].

§ **1111**. Le tribunal ne se borne pas toujours à régler les dépens, c'est-à-dire à les adjuger à telle ou telle partie : il en accorde souvent la distraction. C'est un procédé inventé par la pratique[1], et consacré par l'article 133[2], pour faire obtenir

[4] Req. 1er mai 1861 (D. P. 62. 1. 122).

[5] Paris, 10 déc. 1850 (D. P. 51. 2. 1).

[6] On appellera conservatoires, à ce point de vue : 1° celle des créanciers chirographaires dont j'ai parlé au § **935** ; 2° celle de toute personne qui ne se pose comme l'adversaire d'aucune partie, et se borne à surveiller ses intérêts engagés plus ou moins directement dans une instance où elle n'est point partie principale (Voy., par exemple, req. 4 déc. 1854; D. P. 55. 1. 22).

[7] J'ai dit au § **937** pourquoi les créanciers chirographaires qui interviennent du chef d'une des parties principales paient, quoi qu'il arrive, les frais de leur intervention. J'ajoute ici qu'ils ne paient que ceux-là, et ne sont pas condamnés, sauf le cas indiqué ci-après, aux autres dépens du procès (Voy. cep. civ. rej. 10 nov. 1858; D. P. 58. 1. 447). En tout cas, lorsqu'un jugement a admis une partie à intervenir à ses frais, il y a chose jugée sur ce point, et un second jugement ne peut pas mettre les frais de cette intervention à la charge d'une des parties principales (Rennes, 2 juill. 1810; D. A. v° *Intervention*, n° 140).

[8] Paris, 15 nov. 1842 (D. A. *v° cit.*, n° 140). Orléans, 14 août 1845 (D. P. 46. 2. 72). Req. 2 mars 1874 (D. P. 74. 1. 243).

[9] Caen, 19 mars 1839 (D. A. v° *Mariage*, n° 265).

§ **1111**. [1] Pothier, *Du mandat*, nos 135 et suiv.

[2] En toute matière : 1° en matière sommaire (Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 284);

plus sûrement à l'avoué de la partie gagnante le remboursement des frais qu'il a presque toujours avancés à son client[3]. La partie qui gagne son procès est à la fois créancière et débitrice des frais qu'elle a faits : créancière du perdant qui doit les supporter définitivement[4]; débitrice de son propre avoué à raison de ses avances ou des vacations qui lui sont dues[5]. Si la distraction des dépens n'existait pas, l'avoué aurait deux partis à prendre : 1° laisser sa partie agir contre le perdant pour le paiement de ses frais, puis exercer contre elle sa propre créance, en réclamant, à l'encontre de ses autres créanciers, le privilège accordé par l'article 2102-3° du Code civil à celui d'entre eux « qui a fait des frais pour la conser- « vation de la chose »[6]; 2° prendre les devants, exercer lui-même, en vertu de l'article 1166 du Code civil, l'action de sa partie contre le perdant[7], et, si les autres créanciers de cette partie prétendaient exercer concurremment la même

2° dans les affaires qui relèvent de la juridiction gracieuse (Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 283); 3° en matière criminelle, au profit de l'avoué de la partie civile (Rodière, *op. et loc. cit.*); 4° dans la procédure d'ordre (Rouen, 26 août 1845, D. P. 46. 4. 384; Toulouse, 29 mai 1849, D. P. 49. 2. 237; civ. cass. 30 nov. 1852, D. P. 52. 1. 327, voy., sur ce dernier cas, le § suivant, note 11). Il n'y a pas non plus à rechercher comment la partie qui obtient les dépens a gagné son procès; l'avoué peut obtenir la distraction : 1° des dépens adjugés au demandeur, quand le défendeur a acquiescé à la demande (Besançon, 25 févr. 1872; D. P. 73. 5. 274); 2° des dépens alloués au défendeur, quand le demandeur s'est désisté (Limoges, 10 janv. 1835, D. A. *v° cit.*, n° 127; Caen, 31 août 1842, D. P. 45. 4. 287).

[3] La distraction des dépens n'a lieu qu'au profit de l'avoué : l'huissier aurait le même intérêt à l'obtenir, mais l'article 133 est formel pour ne l'accorder qu'à l'avoué; la distraction des dépens déroge au principe que tous les biens du débiteur, y compris ses créances, sont le gage commun de ses créanciers (C. civ., art. 2093), et les exceptions au droit commun ne peuvent être étendues par analogie; enfin, la distraction des dépens au profit de l'huissier supposerait un avoué par lui constitué pour la demander, et toute une procédure que le Code n'a point organisée. Il lui reste : 1° le droit de saisir-arrêter aux mains de la partie perdante le montant des déboursés et honoraires qui lui sont dus; 2° un recours contre l'avoué, dans le cas où celui-ci, ayant fait l'avance des frais d'huissier, en aurait obtenu la distraction à son profit en même temps que des siens (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 247; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 520 *bis*; *contrà*, Pigeau, *op. cit.*, t. I, p. 316).

[4] Voy., sur cette créance, *suprà*, § **1095**.

[5] Voy., sur la créance de l'avoué contre sa partie, t. I, § **220**.

[6] Il faut donc se garder de ne voir dans la distraction des dépens que la garantie de l'avoué contre l'insolvabilité de son client. Il est suffisamment protégé contre ce péril par le privilège de l'article 2102-3° du Code civil, aux termes duquel il est payé de ce qui lui est dû par préférence aux autres créanciers de ce débiteur (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 245; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 570; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; aj., sur ce privilège, req. 2 févr. 1897, D. P. 97. 1. 103).

[7] Voy., sur l'article 1166 du Code civil, t. I, §§ **310** et suiv.

action ou en partager le bénéfice avec lui au marc le franc, leur opposer encore le privilège de l'article **2102-3°** du Code civil[8]. Dans les deux cas, l'avoué court, malgré son privilège, un double risque : celui de voir la créance de son client s'évanouir par une cause de compensation survenue entre lui et le perdant[9], ou par le transport que son client a pu en consentir au profit d'un tiers[10]. Si, en effet, la partie gagnante ne peut poursuivre le paiement des frais, étant elle-même débitrice du perdant ou ayant cédé la créance qu'elle avait contre lui, son avoué n'a pas plus de droits qu'elle en vertu de l'article **1166** du Code civil, et sa créance est désormais éteinte[11]. On verra aux §§ **1209** et suivants comment la distraction des dépens y remédie ; je me bornerai à dire ici comment elle se demande et s'obtient[12].

§ **1112**. Elle n'est pas de droit[1], car l'article **133** dit seulement que l'avoué pourra la demander en affirmant qu'il a fait la plus grande partie des avances[2]. Il le fait ordinai-

[8] Voy. *supra*, note 6.

[9] « La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à « l'insu des débiteurs ; les deux dettes s'éteignent réciproquement, à l'instant « même où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quo- « tités respectives » (C. civ., art. 1290 ; comp. t. I, § **389**).

[10] La cession de créance est opposable aux tiers, dès que le cessionnaire l'a signifiée au débiteur cédé ou qu'il a obtenu son acceptation dans un acte authentique (C. civ., art. 1690). Les créanciers du cédant figurent ici parmi les tiers (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 433 ; Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. VII, n° 137 *bis*-III ; Laurent, *op. cit.*, t. XXIV, n°s 516 et 517).

[11] Voy., sur la situation des créanciers qui recourent au bénéfice de l'article **1166** du Code civil, t. I, § **312**.

[12] Les effets de la distraction des dépens appartiennent, naturellement, à la partie de la procédure qui suit le jugement, car ils se produisent à l'époque où, le jugement étant rendu, la partie qui l'a obtenu et son avoué s'occupent d'en recouvrer les frais.

§ **1112**. [1] La cour de cassation a cependant jugé le contraire en matière d'ordre (Comp. le § précédent, note 2) : elle a décidé que l'avoué, qui représente la masse des créanciers postérieurs aux collocations contestées, peut se faire payer directement de ses avances par ceux qui, ayant obtenu ces collocations, ont succombé dans les contredits élevés contre elle, et qu'il n'a pas besoin, pour cela, de demander la distraction des dépens : « Cette demande, a dit la cour, n'est « exigée de l'avoué que lorsqu'il assiste son client, et non lorsqu'il en est le « représentant légal » (Civ. rej. 6 déc. 1858 ; D. P. 59. 1. 75). Cela ne peut s'expliquer que par le rôle particulier que joue, dans ces instances, l'avoué qui représente seul les créanciers postérieurs aux collocations contestées (Art. 760 ; voy., sur ce point, le tome V).

[2] La plus grande partie des avances, et non pas toutes les avances : l'avoué qui a reçu une légère provision, mais avancé la plus grande partie des frais,

rement en ces termes : « *Plaise au tribunal condamner à.....* « *plus les dépens dont il sera fait distraction au profit de Mr* « *X..., avoué* » ; il fournit l'affirmation requise par la loi, soit en même temps qu'il demande la distraction[2], soit lors du jugement si le tribunal la lui a accordée à charge d'affirmation[3]. Il peut être sommé d'apporter ses livres à l'appui de son dire[5]; mais j'admettrai volontiers avec plusieurs auteurs, et pour ne pas mettre dans cette matière plus de rigueur qu'elle ne comporte : 1° que l'avoué peut demander la distraction verbalement à la barre du tribunal[6]; 2° qu'elle peut être demandée en son nom par un confrère[7] ou par l'avocat de sa partie[8]; 3° qu'il n'est pas tenu de prêter serment à l'appui de son affirmation[9]; 4° que cette affirmation même n'est pas requise

a droit à la distraction des dépens (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 220; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 282).

[3] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 217.

[4] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 216. Bonnier, *op. cit.*, n° 291. Civ. rej. 14 févr. 1827 et 2 janv. 1828 (D. A. *v° cit.*, n° 127).

[5] Il s'agit ici du registre, coté et paraphé par le président ou par un juge par lui commis, sur lequel les avoués inscrivent eux-mêmes, par ordre de date et sans aucun blanc, toutes les sommes par eux reçues de leurs parties : ils doivent le représenter à toute réquisition, spécialement lorsqu'ils poursuivent le remboursement de leurs frais, à peine d'être déclarés non-recevables dans leurs demandes (D. 16 févr. 1807, art. 151; voy., sur l'obligation de produire ce registre à l'appui de la demande en distraction, et sur la preuve contraire qui peut y être faite, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 215, Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 567, Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*, Bonnier, *op. et loc. cit.*, Rennes, 22 janv. 1811, Limoges, 27 août 1823 (D. A. *v° cit.*, n° 145, civ. cass. 8 juin 1842, D. A. *v° cit.*, n° 138).

[6] Voy., en ce sens, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 207, Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 564; et, en sens contraire, Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*, Bonnier, *op. et loc. cit.*

[7] Voy., en ce sens, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 210; Riom, 15 mars 1828, Bordeaux, 4 mai 1829 et 20 juin 1832 (D. A. *v° cit.*, n° 127). Aj., dans le même sens, Bordeaux, 11 avr. 1834 (D. A. *v° cit.*, n° 128).

[8] Voy., en ce sens, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 212.

[9] Voy., en ce sens, Favard de Langlade, *op. cit.*, v° *Jugement*, sect. I, § II, n° 18; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 566; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Boncenne, *op. cit.*, t. II, p. 554 et suiv.; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*; Rodière, *op. et loc. cit.*; Bonnier, *op. et loc. cit.* Cette opinion s'appuie surtout sur le texte de l'article 133, qui n'exige qu'une affirmation, et que deux circonstances rendent encore plus significatif. 1° Les personnes qui invoquent la prescription quinquennale en fait de lettres de change et de billets à ordre doivent, aux termes de l'article 189 du Code de commerce, affirmer sous serment qu'elles ne sont pas redevables; le rapprochement de ces deux articles prouve qu'*affirmer* n'est pas synonyme de *jurer*, et que le législateur a soin de préciser, lorsqu'il veut qu'une affirmation soit corroborée par un serment (Voy., sur l'article 189 du Code de commerce, le tome VII). 2° Le projet présenté au conseil d'État par la commission de rédaction du Code civil ne parlait pas de serment mais seulement d'affirmation judiciaire, et c'est le conseil d'État qui

à peine de nullité[10], et qu'il est inutile d'en faire mention dans le jugement[11].

§ **1113**. L'article 137 ajoute que la distraction des dépens ne peut être accordée que par le jugement qui les adjuge[1]. J'en conclus qu'il serait trop tard pour y conclure le lendemain de ce jugement[2], et que c'est par faveur extrême qu'on admet l'avoué à la demander au moment même où le jugement vient d'être prononcé[3]. L'obligation d'accorder la distraction des dépens par le jugement même qui les adjuge se rattache au principe du dessaisissement qui sera posé au § **1118** : le tribunal qui a statué sur les dépens n'a plus le droit d'y revenir et de transporter à l'avoué — on verra au § **1210** que tel est le but de la distraction — une créance désormais acquise à son client[4].

a introduit le mot *serment* dans le projet définitif, indiquant par-là clairement que jurer est quelque chose de plus qu'affirmer; et cela est vrai, non-seulement pour les personnes qui considèrent le serment comme un acte religieux, mais encore pour celles qui n'y voient qu'une affirmation plus solennelle que les autres, et dont la solennité consiste dans l'emploi des mots *Je le jure*. Voy., sur l'ensemble de cette question et, sur cette particularité de la rédaction du Code civil, *suprà*, § **844** ; voy. aussi, sur le serment affirmatif, Toullier, *op. cit.*, t. X, nos 349 et 350, et, en sens contraire à l'opinion qui vient d'être exposée, Rome, 22 janv. 1811 (D. A. *v° cit.*, n° 130).

[10] Voy., en ce sens, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 218, Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 565, req. 8 juill. et 6 nov. 1828 (D. A. *v° cit.*, n° 127) ; et, en sens contraire, Carré, *op. et loc. cit.*, civ. cass. 30 avr. 1811 (D. A. *v° cit.*, n° 126), Limoges, 27 août 1823 (D. A. *v° cit.*, n° 145).

[11] Voy., en ce sens, Bioche, *op.*, *v° et loc. cit.*, Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; et, en sens contraire, Carré, *op. et loc. cit.*

§ **1113**. [1] Si le jugement n'en fait pas mention, le droit commun suit son cours, et l'avoué de la partie gagnante ne peut agir que contre son client ou, en vertu de l'article 1166 du Code civil, contre le perdant (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 221). On verra, toutefois, au tome VI que la cour d'appel peut accorder la distraction des dépens à l'avoué de première instance, qui ne l'a pas obtenue parce que son client avait perdu son procès devant le tribunal. D'autre part, le tribunal qui ne ferait pas droit, dans un sens ou dans l'autre, sur les conclusions de l'avoué à fin de distraction des dépens, rendrait un jugement nul et attaquable par la requête civile (Voy. aussi le tome VI).

[2] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 209. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 564. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 280. Rodière enseigne cependant que la distraction des dépens peut être demandée tant que le jugement n'a pas été expédié (*Op. cit.*, t. I, p. 283).

[3] Voy., en ce sens, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 208, Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*, Boncenne, *op. cit.*, t. II, p. 553, Bonnier, *op. cit.*, n° 291, Limoges, 27 août 1823 (D. A. *v° et loc. cit.*); et, en sens contraire, Carré, *op. et loc. cit.*, Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 282.

[4] Voy., sur les effets de la distraction des dépens, *infrà*, § **1211**.

damner chacune d'elles aux dépens que pour sa part : l'article 1202 du Code civil défend de présumer la solidarité, et la loi ne la prononce pas pour les dépens[1]. Si donc les parties ont agi dans un intérêt collectif, les frais du procès se partagent entre elles par tête; si elles ont représenté des intérêts particuliers, chacune d'elles paie les frais qu'elle a faits; si elles ont agi dans le même intérêt, mais que l'une d'elles ait soulevé un incident particulier et qu'elle y ait succombé, elle est seule à payer les dépens[2]. Il y a trois exceptions à ce principe.

1° Si plusieurs parties sont condamnées ensemble par un tribunal de première instance à payer des dommages-intérêts « pour un même crime ou pour un même délit », elles doivent acquitter solidairement les dépens aux termes de l'article 55 du Code pénal[3], qui dispose qu'elles seront « tenues solidairement des frais »[4], sans distinguer suivant

§ **1108.** [1] Merlin, *op. cit.*, v° *Dépens*, § VII. Duranton, *op. cit.*, t. XI, n° 192. Demolombe, *op. cit.*, t. XXVI, n° 269. Larombière, *op. cit.*, t. III, sur l'art. 1202, n° 23. Bioche, *op. et v° cit.*,, n°s 83 et 84. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 553. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boncenne, *op. cit.*, t. II, p. 529. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 276. Bonnier, *op. cit.*, n° 284. Civ. cass. 15 mai 1811 (D. A. v° *Obligations*, n° 1488). Rennes, 12 juill. 1813; civ. cass. 20 juill. 1814; Agen, 8 févr. 1824; Bordeaux, 1er août 1829 (D. A. v° *Frais*, n° 93). Rouen, 14 juill. 1827 (D. A. *v° cit.*, n° 102). Civ. cass. 17 janv. 1832 (D. A. v° *Contrainte par corps*, n° 244). Civ. cass. 28 févr. 1848 (D. P. 48. 1. 122). Civ. cass. 3 mars 1868 (D. P. 68. 1. 155). Rouen, 29 juin 1870 (D. P. 71. 2. 239). Bordeaux, 13 août 1872 (D. P. 73. 2. 209). Civ. cass. 18 déc. 1878 (D. P. 79. 1. 245). Civ. cass. 25 oct. 1887 (D. P. 88. 1. 72). Civ. cass. 22 oct. 1888 (D. P. 88. 5. 267). Rennes, 25 janv. 1894 (D. P. 94. 2. 192). Civ. cass. 10 déc. 1895 (D. P. 96. 1. 387). Cons. d'Ét. 13 mars 1896 (D. P. 97. 3. 37). Civ. cass. 8 juill. 1896 (D. P. 97. 1. 361; S. 97. 1. 217). Civ. cass. 6 avr. 1898 (D. P. 98. 1. 305). *Contrà*, Rouen, 17 mai 1808 (D. A. v° *Frais*, n° 97).

[2] Merlin, *op., v° et loc. cit.* Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 98 et suiv. Carré, *op. et loc. cit.* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boncenne, *op. cit.*, t. II, p. 529 et suiv. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 280. Bordeaux, 30 janv. 1860 (D. P. 60. 2. 176). Le silence du jugement, quant à la répartition des dépens entre les parties condamnées, ne doit pas faire supposer qu'aucune d'elles soit exonérée de cette condamnation; elle en est tenue de plein droit pour sa part virile (Civ. cass. 26 juin 1893; D. P. 93. 1. 405).

[3] Aj. D. 18 juin 1811, art. 156 : « La condamnation aux frais sera prononcée, « dans toutes les procédures, solidairement contre tous les auteurs et complices « du même fait, et contre les personnes civilement responsables du délit. »

[4] Les articles 55 du Code pénal et 156 du décret du 18 juin 1811 ne s'appliquent pas aux contraventions (Toullier, *op. cit.*, t. XI, n° 151; Demolombe, *op. cit.*, t. XXVI, n° 265; Marcadé, *op. cit.*, t. IV, n° 604; Larombière, *op. cit.*, t. III, sur l'art. 1202, n° 18). De quelle solidarité s'agit-il en matière de crimes et de délits? De la solidarité proprement dite, ou de la solidarité imparfaite qu'on appelle aussi obligation *in solidum*? Voy. Demolombe, *op. cit.*, t. XXVI, n°s 273 et suiv.; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 21; Colmet de Santerre, *op.*

que l'action civile a été intentée séparément devant le tribunal de première instance, ou portée avec l'action publique devant la cour d'assises ou devant le tribunal correctionnel[5]; cette solidarité a lieu de plein droit, et sans que le tribunal ait besoin de la prononcer[6].

2° La jurisprudence qui oblige les tribunaux civils à condamner solidairement aux dommages-intérêts, pour la réparation d'un délit ou d'un quasi-délit civil[7], entraîne cette conséquence admise aujourd'hui sans difficulté, que la condamnation aux dépens peut être prononcée solidairement toutes les fois qu'ils sont adjugés pour tenir lieu de dommages-intérêts[8]. Toutefois, cette solidarité n'existe pas de plein

cit., t. V, n° 131 *bis*-I, II et III; Laurent, *op. cit.*, t. XVII, n°s 313 et suiv.; Rodière, *De la solidarité et de l'indivisibilité* (Paris et Toulouse, 1852), n° 312.

[5] Merlin, *Questions de droit*, v° *Solidarité*, § X, n° 4. Delvincourt, *op. cit.*, t. II, p. 712, note 1. Demolombe, *op. cit.*, t. XXVI, n° 266. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 20. Larombière, *op. cit.*, t. III, sur l'art. 1202, n° 20. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 25. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Civ. cass. 6 avr. 1898 (D. P. 98. 1. 305). Il n'importe pas davantage : 1° que les coauteurs ou complices du même crime ou du même délit aient été condamnés à des peines différentes, ou les uns condamnés et les autres acquittés (Demolombe, *op. cit.*, t. XXVI, n° 267); 2° que les dommages-intérêts aient été répartis inégalement entre eux, à raison de leur inégale culpabilité (Demolombe, *op. cit.*, t. XXVI, n° 268; Larombière, *op. cit.*, t. III, sur l'art. 1202, n° 21; Rodière, *op. cit.*, n° 315).

[6] « La solidarité ne se présume point, il faut qu'elle soit expressément stipulée; « cette règle ne cesse que dans les cas où la solidarité a lieu en plein droit, en « vertu d'une disposition de la loi (C. civ., art. 1202).

[7] Dalloz et Vergé, *Code civil annoté*, art. 1202, n°s 41 et suiv. Req. 15 janv. 1878 (D. P. 78. 1. 152). Req. 12 janv. 1881 (D. P. 81. 1. 148). Req. 20 mars 1883 (D. P. 83. 1. 202). Voy., dans le même sens, Merlin, *op. et v° cit.*, § XI, Demolombe, *op. cit.*, t. XXVI, n°s 279 et suiv., Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 22, Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, n° 135 *bis*-III, Larombière, *op. cit.*, t. II, sur l'art. 1202, n° 22; et, en sens contraire, Toullier, *op. cit.*, t. XI, n° 151, Duranton, *op. cit.*, t. XI, n° 194, Marcadé, *op. cit.*, t. II, n° 604, Laurent, *op. cit.*, t. XVII, n°s 317 et suiv. Cette solidarité n'a pas lieu de plein droit faute d'un texte exprès qui l'édicte, mais il y a obligation de la prononcer lorsque le demandeur y a conclu : c'est ce que supposent formellement la plupart des arrêts précités, aux termes desquels la condamnation solidaire « peut et doit « être prononcée »; voy. cep. celui de la chambre des requêtes, du 7 août 1837 (D. A. v° *Mandat*, n° 75), qui porte que la solidarité a lieu de plein droit pour les restitutions ordonnées en cas de fraude ou de dol. La solidarité entre coauteurs d'un délit ou quasi-délit civil est-elle une véritable solidarité, ou seulement une obligation *in solidum?* Voy., sur ce point, Demolombe, *op. et loc. cit.*; Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*

[8] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 92 et suiv. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 553. Boncenne, *op. cit.*, t. II, p. 532. Req. 6 juin 1811 (D. A. v° *Frais*, n° 100). Req. 23 févr. 1813 et 26 nov. 1816 (D. A. *v° cit.*, n° 99). Civ. cass. 30 déc. 1828 (D. A. v° *Contrainte par corps*, n° 487). Civ. rej. 27 avr. 1835 (D. A. v° *Frais, loc. cit.*). Civ. rej. 12 janv. 1837 (D. A. v° *Obligations*, n° 4520). Req. 11 juin 1839 (D. A. *v° cit.*, n° 1469). Req. 17 févr. 1842 (D. A. v° *Contrat de*

droit, et le tribunal ne peut la prononcer qu'à la demande des parties intéressées, et en relevant expressément à la charge des parties condamnées un fait qui motive cette aggravation de leur responsabilité[9].

3° Les codébiteurs solidaires sont ainsi tenus non-seulement du montant de leur obligation, mais encore des dépens auxquels ils ont été condamnés; cette solidarité qui n'existe pas non plus de plein droit, et que le tribunal ne peut accorder si le créancier n'y a pas conclu[10], résulte de l'article 1206 du Code civil et de la combinaison des articles 1216 et 2016 du même Code. 1) Il ressort de l'article 1206 que les codébiteurs solidaires se représentent les uns les autres, toutes les fois qu'il s'agit seulement de conserver les droits du créancier[11]; si les poursuites intentées contre l'un d'eux

mariage, n° 3851). Civ. rej. 5 févr. 1856 (D. P. 56. 1. 83). Req. 13 juill. 1857 (D. P. 58. 1. 348). Civ. cass. 7 janv. 1861 (D. P. 62. 1. 96). Civ. cass. 3 mars 1868 (D. P. 68. 1. 155). Req. 25 juill. 1870 (D. P. 72. 1. 25). Bordeaux, 13 août 1872 (D. P. 73. 2. 209). Req. 22 mars 1882 (D. P. 82. 1. 285). Civ. cass. 5 juin 1882 (D. P. 83. 1. 173). Civ. rej. 12 août 1891 (D. P. 92. 1. 623; S. 92. 1. 245). Req. 9 mai 1892 (D. P. 92. 1. 360). Req. 15 juin 1892 (D. P. 92. 1. 596; S. 93. 1. 281). Civ. rej. 23 nov. 1892 (D. P. 93. 1. 201; S. 94. 1. 441). Alger, 6 févr. 1894 (D. P. 95. 2. 531). Req. 7 nov. 1894 (D. P. 95. 1. 84).

[9] Bourges, 18 nov. 1890 (D. P. 92. 2. 21; S. 92. 2. 241). Civ. cass. 8 juill. 1896 (D. P. 97. 1. 361; S. 97. 1. 217). Civ. cass. 13 janv. 1897 (D. P. 97. 1. 151). C'est la même règle que pour la condamnation solidaire aux dommages-intérêts en cas de délit ou de quasi-délit civil (Civ. rej. 6 avr. 1859, D. P. 59. 1. 223; req. 6 mars 1866, D. P. 66. 1. 270; voy. la note précédente). Toutefois, la cour de cassation a jugé très raisonnablement que le jugement qui prononce la condamnation solidaire aux dommages-intérêts, sans répéter le mot *solidairement* à propos des dépens, doit être interprété en ce sens que la solidarité par lui prononcée s'applique aussi bien aux dépens qu'aux dommages-intérêts (Req. 19 févr. 1867; D. P. 67. 1. 306).

[10] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 96. Rodière, *Cours de compétence et de procédure en matière civile*, *loc. cit.* Paris, 13 therm. an XIII (D. A. v° *Frais*, n° 98). Civ. rej. 19 avr. 1841 (D. A. v° *Obligations*, n° 2026).

[11] Dumoulin, *Extricatio labyrinthi dividui et individui*, n°s 125 et 127 (Dans ses *Œuvres complètes*, t. III, p. 223). Pothier, *Des obligations*, n°s 271 et suiv. On peut se demander si l'article 1205 du Code civil applique exactement cette règle, et si l'article 1207 y est conforme, mais il ne me paraît pas douteux que l'article 1205 en soit l'expression (Demolombe, *op. cit.*, t. XXVI, n°s 341 et suiv., Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 28 et suiv., Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, n°s 137 et suiv., Laurent, *op. cit.*, t. XVII, n°s 294 et suiv.; voy. cep. Demante, *Programme du Cours de Code civil*, t. II, n°s 133 et 136, Féder, *De la corréalité en droit romain et de la solidarité dans le droit français*, Thèse pour le doctorat (Paris, 1877), n°s 5 et suiv.). Ces deux auteurs, qui n'admettent pas l'idée du mandat réciproque *ad conservandam obligationem*, considèrent les codébiteurs solidaires comme des cautions mutuelles, s'obligeant à payer les unes pour les autres la dette ou la partie de la dette qui ne les concerne pas personnellement. Le résultat est le même, car tout ce qui perpétue l'obligation à l'égard de l'une de ces cautions mutuelles produit le même effet à l'égard de l'autre.

interrompent la prescription et font courir les intérêts moratoires à l'égard d'eux tous, à plus forte raison chacun d'eux peut-il être poursuivi en paiement de la totalité des frais. 2) L'article **1216** dispose que les codébiteurs solidaires sont considérés comme cautions les uns des autres[12], et l'article **2016**, que le cautionnement indéfini d'une obligation s'étend même aux frais de la demande formée contre le débiteur principal; la solidarité s'applique donc nécessairement à ceux de la demande formée par le créancier contre les codébiteurs solidaires[13]. Je suppose, d'ailleurs, que ces frais ont été faits dans leur intérêt commun, car la solidarité ne pourrait pas être prononcée à raison de ceux qu'un codébiteur solidaire aurait faits dans son intérêt particulier[14].

§ **1109**. B. Peut-on condamner une partie qui succombe non-seulement aux frais de sa propre demande, mais encore à ceux d'une autre demande qu'elle n'a pas formée? Cela dépend des circonstances : les juges ont, sur ce point, le même pouvoir discrétionnaire d'appréciation que lorsqu'il s'agit de compenser les dépens ou de les faire payer en entier par une partie. Tout dépend, ici encore, des circonstances : autant il serait injuste de faire payer par une partie les frais d'une demande qu'elle n'a pas intentée, et pour laquelle on ne peut lui adresser aucun reproche, autant cette mesure devient équitable si c'est par sa faute qu'une telle demande a été formée. 1° Primus et Secundus poursuivent contre Tertius le paiement d'une créance de 50.000 francs, et Secundus use envers Tertius de procédés, auxquels Primus demeure étranger, et qui provoquent contre lui une demande reconvention-

[12] Voy., sur ce point, la note qui précède.

[13] Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 279. Bonnier, *op. cit.*, n° 284. Req. 1er août 1866 (D. P. 67. 1. 126). Bordeaux, 13 août 1872 (D. P. 73. 2. 209). *Contrà*. Duranton, *op. cit.*, t. XI, n° 542; Demolombe, *op. cit.*, t. XXVI, n° 271; Larombière, *op. cit.*, t. III, sur l'art. 1202, n° 23; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 276; Bourges, 25 mars 1829 (D. A. *v° cit.*, n° 558). Comp. Toulouse, 22 janv. 1835 (D. A. v° *Arbitrage*, n° 1075); req. 1er févr. 1893 (D. P. 94. 1. 278; S. 94. 1. 86); req. 20 juill. 1896 (D. P. 97. 1. 243; S. 97. 1. 364). On dit quelquefois contre la solidarité des dépens, même entre codébiteurs tenus solidairement de l'obligation principale, que le jugement a détruit et, en quelque sorte, nové cette obligation de manière que la solidarité n'y existe plus désormais (Voy. la réfutation de cette idée, *infrà*, § **1121**).

[14] Rodière, *op. et loc. cit.*

nelle en dommages-intérêts; Primus et Secundus perdent leur procès au principal, et Secundus est condamné envers Tertius à 1.000 francs de dommages-intérêts : Primus ne doit évidemment payer — la question de solidarité réservée — que sa part des frais faits sur la demande principale; Secundus doit payer seul, outre sa part de ces mêmes frais, ceux de la condamnation que ses agissements personnels lui ont valu. 2° Primus et Secundus revendiquent ensemble contre Tertius un immeuble dont ils se disent copropriétaires; Secundus agit par esprit de chicane, sachant pertinemment que Tertius est propriétaire, et se flattant, par de fausses apparences, d'en imposer à la justice; Primus est de bonne foi, et, confiant dans l'issue du procès, il ajoute à sa demande principale en revendication des conclusions qui tendent à la restitution des fruits de l'immeuble. Si tous deux succombent, Secundus sera justement condamné non-seulement aux frais de la demande principale, mais encore à ceux des conclusions additionnelles que Primus n'eût pas formées si Secundus l'avait éclairé sur le néant de leurs communes prétentions; mieux encore, Primus sera condamné aux frais de ces conclusions envers Tertius, et Secundus sera condamné à les rembourser à Primus[1].

§ **1110**. C. J'ai parlé aux §§ **928** et suivants de l'attribution des dépens en cas d'intervention forcée, d'appel en garantie, ou d'assignation en déclaration de jugement commun. Ceux de l'intervention volontaire sont réglés ainsi qu'il suit. 1° S'agit-il d'une intervention agressive[1], l'intervenant paie les dépens s'il succombe[2]; il les obtient s'il a gain de cause[3]; ils sont payés, dans ce dernier cas, par les deux parties principales ou par l'une d'elles, si ses agissements ont rendu

§ **1109**. [1] Voy., sur le pouvoir discrétionnaire des tribunaux quant aux frais des contestations auxquelles une partie est demeurée étrangère, req. 12 août 1824, 24 juill. 1828 et 8 nov. 1830 (D. A. *v° cit.*, n° 37). La question peut, d'ailleurs, se présenter sous un autre aspect. Quels sont les dépens auxquels la partie qui succombe doit être condamnée? Faut-il entendre par-là tous les frais du procès, ou bien n'y a-t-il pas certains frais dont la partie qui succombe doit être exonérée? Voy., sur ce côté de la question, *infrà*, §§ **1198** et suiv.

§ **1110**. [1] Voy., sur la distinction de l'intervention agressive et de l'intervention conservatoire, *suprà*, § **937**.
[2] Paris, 1er mars 1850 (D. P. 50. 2. 153).
[3] Paris, 15 nov. 1842 (D. A. v° *Intervention*, n° 140).

l'intervention nécessaire[4]. Si cependant l'intervention fait double emploi avec la demande originaire, les moyens de l'intervenant se confondant avec ceux d'une des parties principales, il paie, lors même qu'il triomphe, les dépens qu'il a faits en pure perte[5]. 2° L'intervention est-elle purement conservatoire[6], les frais qu'elle a occasionnés, mais ceux-là seulement, restent à la charge de l'intervenant[7], à moins qu'en se posant en adversaire d'une des parties originaires, il ne soit lui-même devenu partie principale, auquel cas il obtient les dépens s'il a gain de cause, et paie, s'il succombe, non-seulement ceux de sa propre intervention mais encore tous ceux du procès, conjointement avec la partie du chef de laquelle il intervenait et avec laquelle il a succombé[8]. 3° De quelque intervention qu'il s'agisse, l'intervenant ne paie les frais que s'il agit dans son intérêt personnel : les tuteurs, curateurs et administrateurs du bien d'autrui, énumérés au § **1096**, ne paient les dépens de leur intervention, même mal fondée, que s'ils ont commis personnellement quelque faute ou compromis en quelque chose les intérêts qui leur sont confiés[9].

§ **1111**. Le tribunal ne se borne pas toujours à régler les dépens, c'est-à-dire à les adjuger à telle ou telle partie : il en accorde souvent la distraction. C'est un procédé inventé par la pratique[1], et consacré par l'article 133[2], pour faire obtenir

[4] Req. 1er mai 1861 (D. P. 62. 1. 122).

[5] Paris, 10 déc. 1850 (D. P. 51. 2. 1).

[6] On appellera conservatoires, à ce point de vue : 1° celle des créanciers chirographaires dont j'ai parlé au § **935** ; 2° celle de toute personne qui ne se pose comme l'adversaire d'aucune partie, et se borne à surveiller ses intérêts engagés plus ou moins directement dans une instance où elle n'est point partie principale (Voy., par exemple, req. 4 déc. 1854; D. P. 55. 1. 22).

[7] J'ai dit au § **937** pourquoi les créanciers chirographaires qui interviennent du chef d'une des parties principales paient, quoi qu'il arrive, les frais de leur intervention. J'ajoute ici qu'ils ne paient que ceux-là, et ne sont pas condamnés, sauf le cas indiqué ci-après, aux autres dépens du procès (Voy. cep. civ. rej. 10 nov. 1858; D. P. 58. 1. 447). En tout cas, lorsqu'un jugement a admis une partie à intervenir à ses frais, il y a chose jugée sur ce point, et un second jugement ne peut pas mettre les frais de cette intervention à la charge d'une des parties principales (Rennes, 2 juill. 1810; D. A. v° *Intervention*, n° 140).

[8] Paris, 15 nov. 1842 (D. A. *v° cit.*, n° 140). Orléans, 14 août 1845 (D. P. 46. 2. 72). Req. 2 mars 1874 (D. P. 74. 1. 243).

[9] Caen, 19 mars 1839 (D. A. v° *Mariage*, n° 265).

§ **1111**. [1] Pothier, *Du mandat*, nos 135 et suiv.

[2] En toute matière : 1° en matière sommaire (Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 284);

CHAPITRE III

EFFETS DU JUGEMENT.

SOMMAIRE. — § **1117**. Énumération des effets qu'un jugement produit ou peut produire. — § **1118**. I. Dessaisissement du juge. — § **1119**. Conséquences qui en résultent. — § **1120**. Suite. Exceptions qu'il comporte. — § **1121**. II. Action nouvelle qui résulte des jugements de condamnation. — § **1122**. III. Effets particuliers des jugements d'absolution. — § **1123**. IV et V. Exécution forcée (renvoi) et hypothèque judiciaire. Du cas où elle résulte d'un jugement de condamnation. — § **1124**. Suite. De l'hypothèque judiciaire attachée aux jugements rendus sur les demandes principales en reconnaissance ou en vérification d'écriture. — § **1125**. Suite. Avantages et inconvénients de l'hypothèque judiciaire. — § **1126**. VI. Autorité de la chose jugée. En quoi elle consiste ; elle se distingue de la force de chose jugée ; elle ne résulte que du dispositif des jugements. — § **1127**. Suite. Conditions qu'elle exige. — § **1128**. Suite. 1° Identité des parties. — § **1129**. Suite. 2° Identité d'objet. — § **1130**. Suite. 3° Identité de cause. — § **1131**. Suite. Comment il faut l'entendre dans les actions en nullité. — § **1132**. Suite. Le débiteur condamné à payer peut-il exciper ensuite d'une cause de libération qui existait à son profit lors de sa condamnation ? — § **1133**. Suite. L'autorité de la chose jugée ne résulte, à ces trois conditions, que de véritables jugements rendus par un tribunal français en matière contentieuse, et résolvant définitivement un point litigieux. — § **1134**. Suite. Mais elle s'attache à tous les jugements qui présentent ces caractères. — § **1135**. Suite. Résulte-t-elle des jugements interlocutoires ? — § **1136**. Suite. En quel sens l'interlocutoire peut lier le juge. — § **1137**. Suite. En général, il ne le lie pas. — § **1138**. Suite. Ni les jugements préparatoires ni les jugements provisoires n'ont autorité de chose jugée. — § **1139**. Suite. De l'influence de la chose jugée au criminel sur le civil. — § **1140**. Suite. Première question : quelle est l'autorité des jugements criminels à l'égard des contestations civiles qui peuvent se produire entre la partie lésée, et le prévenu ou les personnes citées comme civilement responsables devant le tribunal de répression ? — § **1141**. Suite. 1° Influence, à cet égard, du jugement criminel sur l'action civile. — § **1142**. Suite. La solution de cette difficulté ne se trouve pas dans l'article 1351 du Code civil. — § **1143**. Suite. Doctrine de Toullier ; réfutation. — § **1144**. Suite. Doctrine de Merlin ; elle a prévalu dans la jurisprudence, mais sous une forme un peu différente. — § **1145**. Suite. Application de cette doctrine. — § **1146**. Suite. *a*) Autorité au civil des jugements de condamnation. — § **1147**. Suite. *b*) Autorité, au même point de vue, des ordonnances d'acquittement et des jugements d'acquittement ou d'absolution. — § **1148**. Suite. *a*) Jugements d'acquittement ou d'absolution en matière correctionnelle. — § **1149**. Suite. *b*) Ordonnances d'acquittement au grand criminel. — § **1150**. Suite. L'autorité des jugements criminels se restreint aux causes nécessaires et immédiates de l'absolution, de l'acquittement ou de la con-

damnation ; conséquences. — § **1151**. Suite. Elle est absolue quant à la qualification pénale des faits qui font l'objet des poursuites. — § **1152**. Suite. Résulte-t-elle des arrêts et ordonnances de non-lieu ? — § **1153**. Suite. 2° Influence de la chose jugée au criminel. — § **1154**. Suite. *a*) Sur les demandes à fins civiles autres que l'action civile proprement dite. — § **1155**. Suite. *b*) Sur la situation des personnes civilement responsables. — § **1156**. Suite. *c*) Sur l'action en dommages-intérêts formée par le prévenu acquitté ou absous. — § **1157**. Suite. Seconde question : quelle est l'autorité des jugements criminels à l'égard des tiers qui n'y ont pas été parties, ou qui n'avaient pas qualité pour y figurer ? — § **1158**. Première opinion : cette autorité est nulle ; réfutation. — § **1159**. Suite. Seconde opinion : distinction suivant que l'autorité de la chose jugée au criminel doit s'exercer *in mitius* ou *in pejus ;* réfutation. — § **1160**. Suite. Troisième opinion : cette autorité est absolue ; démonstration. — § **1161**. VII. Rétroactivité des jugements déclaratifs ; les jugements qui créent un état nouveau ne rétroagissent pas.

§ **1117**. Le jugement produit ou peut produire six effets : 1° il dessaisit le juge ; 2° il crée, au profit du demandeur qui l'obtient, une nouvelle action distincte de celle qui lui appartenait jusqu'alors ; 3° il efface, au profit du défendeur qui a gain de cause, les effets que la demande en justice avait produits contre lui ; 4° et 5° il emporte hypothèque judiciaire et exécution forcée ; 6° il produit l'autorité de la chose jugée. Ces effets sont indépendants de la nature du jugement, et de la phase du procès dans laquelle il est rendu ; ils résultent ou peuvent résulter, sauf les distinctions qui seront précisées aux §§ **1119**, **1133** et suivants, des jugements d'avant faire droit comme des jugements définitifs. Ces derniers produisent, au contraire, ou du moins peuvent produire un septième effet — un effet rétroactif — qui leur est propre.

§ **1118**. I. Le premier effet du jugement est de dessaisir le juge qui l'a rendu : « *latâ sententiâ judex desinit esse* « *judex* »[1]. C'était la règle expresse en droit romain[2], et c'est

§ **1117**...

§ **1118**. [1] Merlin, *Répertoire*, v° *Jugement*, § III, n° IV. Toullier, *op. cit.*, t. X, n° 128. Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 388. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 404. Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 151, 290, 302 et suiv., et 489. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 604. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boncenne, *op. cit.*, t. II, p. 361 et 422. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 257. Crim. cass. 6 déc. 1873 (D. P. 74. 1. 183). Le tribunal qui a rendu son jugement est dessaisi non-seulement du fond du procès, mais encore des incidents qui s'y rapportent (Bruxelles, 4 avr. 1831, Rouen, 25 févr. 1842 ; D. A. *v° cit.*, n° 319).

[2] « *Judex, posteaquam semel sententiam dixit, postea judex esse desinit, et* « *hoc jure utimur ut judex qui semel pluris vel minoris condemnavit amplius* « *corrigere sententiam suam non possit : semel enim male seu bene officio* « *functus est* » (Dig., L. 55, *De re jud.*, XLII, I).

un principe constant en droit français que les tribunaux épuisent leurs pouvoirs en prononçant leur jugement[3], et ne peuvent revenir, même du consentement des parties, sur la décision qu'ils ont rendue[4].

§ **1119**. Trois conséquences résultent de ce principe[1]. 1° Un tribunal ne peut plus toucher à ses jugements définitifs, ni pour les rétracter[2], ni pour en modifier le dispositif[3], ni pour y changer un seul mot[4], fût-ce pour mettre sa responsabilité à couvert et éviter la prise à partie[5]. 2° Il ne peut : *a*) se réserver à l'avance le droit de revenir sur sa décision si telle éventualité se réalise[6]; *b*) condamner le débiteur « en

[3] L'arrêt qui dit que le tribunal ne peut rien changer au jugement, après qu'il a été signé par le président et par le greffier (Civ. cass. 6 nov. 1827; D. A. v° *Jugement*, n° 318), ne dit donc pas toute la vérité : dès qu'il est prononcé, le jugement ne peut être modifié, et le délai de vingt-quatre heures, que le président et le greffier ont pour le signer, ne leur est pas donné pour que le tribunal puisse en changer le dispositif, mais seulement pour que le président rédige à tête reposée les motifs sommaires qui ont été lus à l'audience (Voy., sur ce point, *infrà*, § **1165**).

[4] Et par les voies de recours à ce destinées : « voies de nullité n'ont lieu contre « les jugements » (Voy. *infrà*, le tome V).

§ **1119**. [1] On verra au § **1126** que ce principe se confond, en un sens, avec celui de l'autorité de la chose jugée. Comp., sur cette matière, Camerano, *Dopo la firma può il pretore cambiare una sua sentenza* (*La procedura*, 1re année, 1897, p. 753 et suiv.).

[2] Civ. cass. 19 germ. an II; Bordeaux, 15 mess. an XIII (D. A. *v° et loc. cit.*). Civ. cass. 27 avr. 1807 (D. A. v° *Désistement*, n° 169). Req. 13 août 1816 (D. A. v° *Jugement, loc. cit.*). Req. 25 mars 1823 (D. A. v° *Chose jugée*, n° 362). Même avec le consentement des avoués qui représentent les parties (Civ. cass. 15 sept. 1792; D. A. *v° cit.*, n° 373).

[3] Civ. cass. 25 juin 1890 (D. P. 90. 1. 469; S. 91. 1. 437). Soit pour l'aggraver (Civ. cass. 8 janv. 1844, D. A. v° *Jugement, loc. cit.*; civ. cass. 28 janv. 1873, D. P. 73. 1. 10; civ. cass. 3 août 1881, D. P. 82. 1. 124), soit pour l'atténuer (Bioche, *op. et v° cit.*, nos 491 et 498; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 587; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*).

[4] Civ. cass. 11 juin 1810 et 6 nov. 1827; Agen. 14 mars 1833 (D. A. *v° et loc. cit.*). Il en est autrement des motifs : ils pourront être insérés dans le jugement ou complétés après coup (Voy. le § précédent, note 3, et *suprà*, §§ **1069** et **1071**).

[5] Voy., sur la responsabilité du juge, t. I, § **145**. Le projet de 1894 crée, pour les cas où le tribunal ou les parties constatent dans le jugement qui vient d'être rendu une erreur réparable, une procédure de rectification qui a l'avantage de supprimer quelques cas de requête civile (P. 55 et suiv.; voy., pour plus de détails, le tome VI).

[6] Toullier, *op. cit.*, t. X, nos 121 et suiv. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 369. Larombière, *op. cit.*, t. V, sur l'art. 1351, n° 24. Griolet, *De l'autorité de la chose jugée*, p. 175. La jurisprudence est à peu près fixée en sens contraire. Il est admis presque couramment que les tribunaux peuvent : 1° statuer en réservant les droits des parties (Req. 16 juill. 1807, D. A. v° *Chose jugée*, n° 12; req. 16 mars 1808 et 21 janv. 1813, D. A. *v° cit.*, n° 87; req. 1er août 1816, D. A.

« l'état », en sorte qu'il puisse faire révoquer sa condamnation s'il retrouve les quittances qu'il prétend avoir égarées[7]; *c*) le renvoyer de la demande « en l'état », de manière que le créancier puisse l'actionner de nouveau, s'il retrouve les pièces momentanément perdues qui établissent l'existence de sa créance[8]. 3° Les mesures d'instruction ordonnées par un jugement préparatoire ou interlocutoire ont un caractère définitif, en ce sens que le tribunal ne peut plus les rétracter au détriment des parties qui se disposent à les exécuter[9]. Les jugements provisoires sont les seuls qui ne dessaisissent pas le juge, car il peut revenir, si les circonstances viennent à

v° cit., n° 88; Rouen, 10 mai 1821, D. A. *v° cit.*, n° 187; civ. cass. 18 févr. 1823, D. A. v° *Désistement*, n° 64; req. 2 juill. 1838, D. A. v° *Chose jugée*, *loc. cit.*; civ. rej. 1er juill. 1839, D. A. v° *Usage*, n° 343; civ. rej. 28 déc. 1841, D. A. v° *Chose jugée*, *loc. cit.*; req. 10 janv. 1877. D. P. 77. 1. 177); 2° juger « tous droits « tenant, quant à présent, en l'état, » de manière à permettre une nouvelle action quand les circonstances auront changé ou qu'on aura retrouvé de nouvelles preuves (Req. 15 juin 1815, D. A. *v° cit.*, n° 168; Caen, 8 mai 1827, D. A. v° *Tierce opposition*, n° 51; req. 26 mars et 13 juill. 1828, civ. cass. 14 janv. 1834, req. 14 nov. 1837, D. A. v° *Chose jugée*, n° 89; req. 19 juin 1872, D. P. 72. 1. 461). Cette jurisprudence apporte une dérogation considérable à l'autorité de la chose jugée, et la fait dépendre de la pure volonté des juges, qui sont ainsi maîtres de régler définitivement les droits des parties ou de laisser la porte ouverte à de nouveaux débats. C'est la négation de l'autorité de la chose jugée (Voy. *infrà*, §§ **1126** et suiv.), et ce pouvoir presque arbitraire des tribunaux est en opposition avec les principes généraux de notre droit.

[7] Voy., sur ce point, les autorités citées à la note précédente.

[8] C'est ce qu'on faisait jadis au parlement de Bretagne, où l'on rendait des jugements de condamnation, dits comminatoires, qu'on pouvait faire révoquer pendant trente ans en produisant quittance. Cela s'appelait lever le comminatoire, et cette procédure avait pris de là le nom de « lief de comminatoire » (Toullier, *op. cit.*, t. X, n° 121). D'Aguesseau condamnait déjà cet usage au nom du principe « *Latâ sententiâ judex desinit esse judex* » et de l'autorité de la chose jugée (Lettre du 27 mars 1732, dans ses *Œuvres complètes*, t. XII, p. 33), et la cour de Rennes, qui y avait d'abord persisté sous l'empire du Code civil (5 févr. 1812 et 20 févr. 1816; D. A. v° *Chose jugée*, n° 381), n'a pas tardé à y renoncer (2 mars 1818 et 22 janv. 1821; D. A. *v° et loc. cit.*). Voy., sur ce point, Merlin, *op. cit.*, v° *Successions*, sect. I, § II, art. 4; Toullier, *op. cit.*, t. X, n°s 121 et suiv.; Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 1765; Griolet, *op. et loc. cit.* On ne s'étonnera cependant pas, étant donné la jurisprudence rapportée à la note précédente, de voir la cour de cassation ressusciter cette ancienne manière de juger en décidant : 1° qu'un débiteur peut agir en répétition de l'indû en prouvant qu'il ne devait pas la somme qu'il a été condamné à payer en vertu d'offres par lui faites, acceptées par le créancier, et validées par justice, « à condition « d'être remboursé s'il trouvait la preuve que cette somme n'était pas due » (Req. 24 frim. an X; D. A. *v° cit.*, n° 376); 2° qu'un débiteur peut obtenir, en prouvant qu'il a déjà payé, mainlevée de la saisie pratiquée sur lui en vertu d'un jugement qui le condamne à payer « en deniers ou quittances valables » (Civ. rej. 24 nov. 1869; D. P. 70. 1. 19). Voy. encore, sur cette question, *infrà*, **§ 1132**.

[9] Il est certain que, dans cette mesure, l'interlocutoire lie le juge (Voy., sur ce point, *infrà*, § **1136**).

changer, sur les mesures qu'il a prescrites en vue d'une situation déterminée : retirer, par exemple, à une partie revenue à meilleure fortune la provision alimentaire qu'elle avait obtenue dans un moment de détresse[10].

§ **1120**. Le principe du dessaisissement comporte seulement quatre exceptions. 1° Les tribunaux peuvent rectifier dans leurs jugements les erreurs matérielles qui s'y trouvent[1]; l'article 541 le leur permet, notamment, pour cause d' « erreurs, omissions, faux ou doubles emplois » commis dans un compte réglé en justice[2]; 2° Ils peuvent compléter leurs jugements en réglant les détails d'exécution auxquels ils ont négligé de pourvoir, désigner après coup le juge-commissaire qui devra procéder à l'enquête, ou commettre un huissier pour signifier le jugement[3]; 3° On verra plus loin

[10] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 502. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 247.

§ **1120**. [1] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 336 et suiv. Carré, *op. et loc. cit.* Req. 11 pluv. an V (D. A. *v° cit.*, n° 374). Req. 19 févr. 1812 (D. A. v° *Jugement*, n° 333). Req. 25 avr. 1812 (D. A. v° *Vente*, n° 1453). Rennes, 29 janv. 1813 (D. A. v° *Jugement*, n° 326). Rennes, 9 mars 1813 (D. A. v° *Chose jugée*, *loc. cit.*). Toulouse, 13 févr. 1816 (D. A. v° *Jugement*, *loc. cit.*). Civ. rej. 18 janv. 1830 (D. A. v° *Jugement par défaut*, n° 437). Lyon, 30 août 1831 (D. A. v° *Jugement*, *loc. cit.*). Civ. rej. 19 janv. 1842 (D. A. v° *Vente publique d'immeubles*, n° 1293). Trib. de Senlis, 24 janv. 1849 (D. P. 49. 3. 46). Les juges peuvent aussi, et par la même raison, réparer de simples omissions, par exemple, insérer après coup dans le jugement une disposition qui a été lue à l'audience, mais qui n'a pas été rédigée par écrit (Req. 30 août 1809, D. A. v° *Surenchère*, n° 125; Rennes, 16 juill. 1814, D. A. v° *Compte*, n° 194; Nancy, 24 août 1831, D. A. v° *Jugement*, n° 329). Il ne faut cependant pas que ces rectifications purement matérielles soient un moyen détourné de revenir sur le jugement qui a été rendu et d'en changer le dispositif (Poitiers, 8 mai 1874; D. P. 76. 1. 79) : on l'exprime quelquefois en disant que le tribunal ne peut plus rectifier son jugement quand les choses ne sont pas entières (Bourges, 21 janv. 1845, D. P. 54. 5. 453; Bordeaux, 27 févr. 1856, D. P. 56. 2. 216; req. 31 janv. 1857, D. P. 57. 1. 359), mais cette formule laisse à désirer sous le rapport de la clarté (Comp. la note suivante).

[2] Cette rectification peut s'opérer sans jugement et par la seule autorité du président; mais ni lui ni ses collègues, en admettant qu'il les consulte, ne peuvent s'abstenir de procéder à la rectification demandée par les parties, sous prétexte qu'ils se feraient juges dans leur propre cause en rectifiant leur premier jugement (Req. 30 juill. 1828; D. A. v° *Enquête*, n° 155). Il faut seulement pour cela que le jugement à rectifier n'ait pas été frappé d'appel : dans le cas contraire, la cour seule aurait qualité à cet effet, et c'est en ce sens qu'on peut dire très exactement que les tribunaux ne peuvent rectifier leurs jugements que *rebus integris* (Req. 30 juill. 1828, D. A. *v° et loc. cit.*; Toulouse, 7 avr. 1829, D. A. v° *Vente publique d'immeubles*, n° 368; Lyon, 30 août 1831, D. A. v° *Jugement*, n° 326; req. 23 janv. 1838, D. A. *v° cit.*, n° 330; req. 11 mars 1856, D. P. 56. 1. 147; req. 30 avr. 1873, D. P. 73. 1. 469).

[3] Carré, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 268. Bruxelles, 30 déc. 1840 (D. A. *v° cit.*, n° 326).

qu'ils sont appelés, en cas d'opposition et de requête civile, quelquefois même en cas de tierce opposition, à revenir sur le fond du procès[4]; 4° Il leur appartient, et même il n'appartient qu'à eux[5], d'interpréter les parties obscures et ambiguës de leurs jugements[6].

[4] C'est pour cela qu'on appelle les voies de recours contre les jugements des voies de rétractation (Voy. le tome V).

[5] Les juridictions supérieures ont pour mission de confirmer ou d'annuler les jugements rendus par les tribunaux placés au-dessous d'elles dans la hiérarchie judiciaire, mais elles n'ont pas qualité pour interpréter ces jugements (Req. 30 janv. 1877, D. P. 78. 1. 408; req. 9 juill. 1884, D. P. 85. 1. 392; req. 8 mars 1893, D. P. 93. 1. 448; req. 18 mars 1895, D. P. 95. 1. 152, S. 95. 1. 319). D'autre part, le droit d'interpréter les jugements appartient aussi bien aux tribunaux d'exception qu'à ceux de droit commun (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 495; Caen, 17 mai 1825, D. A. v° *Compétence commerciale*, n° 385; civ. rej. 15 nov. 1887, D. P. 89. 1. 153; civ. rej. 15 déc. 1896, D. P. 97. 1. 451, S. 97. 1. 183), et il importe peu que le tribunal auquel on demande l'interprétation de son jugement ne soit plus composé comme le jour où il l'a rendu (Req. 17 févr. 1863, D. P. 63. 1. 449). Enfin, c'est non-seulement un droit mais encore un devoir pour les tribunaux de donner, lorsqu'elle leur est demandée, l'interprétation de leurs jugements (Cons. d'Ét. 17 janv. 1814, req. 31 déc. 1834 et 22 juin 1842, D. A. v° *Jugement*, n° 33, req. 17 juin 1851, D. P. 54. 5. 332; req. 21 janv. 1857, D. P. 57. 1. 359; req. 21 août 1860, D. P. 61. 1. 107). *Quid* des jugements étrangers déclarés exécutoires en France par un tribunal français (Voy., sur cette procédure, le tome VIII)? Le droit de les interpréter appartient-il à ce dernier tribunal, ou doit-il en renvoyer l'interprétation aux tribunaux étrangers qui les ont rendus? Voy., dans le premier sens, Cohendy, *Note* dans D. P. 88. 2. 49); dans le second, Paris, 9 mars 1887 (D. P. *ib.*); et, sur l'interprétation des jugements rendus en Suisse, le traité du 15 juin 1869 (Art. 19).

[6] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 494 et 497. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 605. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 258. Nicias-Gaillard, *Du droit pour les tribunaux d'interpréter leurs jugements* (Dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. X, 1857, p. 3 et suiv.). Joccotton, *De l'interprétation des jugements* (Dans la *Revue pratique de droit français*, t. VII, 1859, p. 553 et suiv.). Req. 4 mars 1808; Rennes, 29 janv. 1814 (D. A. v° *cit.*, n° 333). Besançon, 7 janv. 1818 (D. A. v° *Chose jugée*, n° 343). Rennes, 23 févr. et 18 juill. 1820; Amiens, 24 août 1825 (D. A. v° *Jugement*, n° 333). Pau, 11 mai 1830 (D. A. v° *cit.*, n° 26). Nancy, 24 août 1831 (D. A. v° *cit.*, n° 329). Req. 5 avr. 1832 (D. A. v° *Contrat de mariage*, n° 2206). Bastia, 1er juill. 1841 (D. A. v° *Jugement, loc. cit.*). Crim. rej. 12 nov. 1859 (D. P. 59. 1. 41). Douai, 28 nov. 1873 (D. P. 75. 2. 31). Civ. rej. 14 févr. 1876 (D. P. 76. 1. 79). Req. 16 déc. 1879 (D. P. 80. 1. 371). Rouen, 28 janv. 1879 (D. P. 80. 2. 23). Req. 19 juill. 1880 (D. P. 81. 1. 224). Paris, 1er avr. 1882 (D. P. 82. 2. 229). Req. 21 mars 1883 (D. P. 84. 1. 86). Req. 8 mars 1893 (D. P. 93. 1. 448). Req. 7 juin 1893 (D. P. 94. 1. 124; S. 95. 1. 455). Req. 18 oct. 1893 (S. 94. 1. 236). Paris, 10 août 1897 (D. P. 98. 2. 216). Req. 27 oct. 1897 (D. P. 98. 1. 87). *Contrà*, Nîmes, 24 août 1829 (D. A. v° *cit.*, n° 332). Il faut seulement que la demande à fin d'interprétation ne soit pas un moyen détourné d'attaquer le jugement, et que le tribunal ne porte pas atteinte, sous prétexte d'interpréter sa décision, aux principes du dessaisissement et de l'autorité de la chose jugée (Req. 31 janv. 1810, D. A. v° *cit.*, n° 348; req. 11 avr. 1810, D. A. v° *cit.*, n° 355; req. 21 août 1810, D. A. v° *cit.*, n° 346; req. 10 juill. 1817, D. A. v° *Frais*, n° 919; Amiens, 12 janv. 1821, civ. cass. 4 déc. 1822, D. A. v° *Jugement, loc. cit.*; req. 3 janv. 1828, D. A. v° *Compte*, n° 173; req. 8 avr. 1828, D. A. v° *Chose jugée*, n° 349; req. 10 déc. 1828, D. A. v° *Usufruit*, n° 525; req. 8 nov. 1830, D. A. v° *Chose jugée*, n° 350; civ.

§ **1121**. II. La condamnation modifiait, en droit romain, la situation respective du demandeur et du défendeur. Novation ou non — on peut hésiter sur ce point[1] — ce changement consistait à substituer[2] à l'obligation née de la *litis contestatio* une obligation nouvelle, sanctionnée par l'action *judicati*[3],

cass. 5 juill. 1831, D. A. *v° cit.* n° 344; req. 20 nov. 1832, D. A. *v° cit.*, n° 351; req. 2 juill. 1833, D. A. v° *Domaine de l'État*, n° 347; req. 11 déc. 1834, D. A. v° *Successions*, n° 1858; civ. cass. 17 nov. 1835, D. A. v° *Chose jugée*, n° 358; req. 8 févr. 1837, D. A. v° *Tierce opposition*, n° 187; civ. cass. 10 avr. 1837, D. A. v° *Chose jugée*, *loc. cit.*; civ. cass. 6 févr. 1838, D. A. v° *Vente*, n° 1308; civ. rej. 17 avr. 1839, req. 17 déc. 1839, D. A. v° *Chose jugée*, n° 354; req. 6 avr. 1840, civ. cass. 25 mai 1840, D. A. *v° cit.*, n° 356; civ. cass. 7 mars 1842, D. A. v° *Usage*, n° 85; civ. cass. 1er mars 1842, D. A. v° *Chose jugée*, n° 344; req. 20 août 1842, D. A. v° *Jugement*, n° 334; req. 10 juill. 1846, D. P. 46. 1. 270; civ. cass. 28 avr. 1852, D. P. 52. 1. 139; req. 3 mars 1856, D. P. 56. 1. 150; civ. cass. 7 mars 1859, D. P. 59. 1. 118; Besançon, 26 nov. 1863, D. P. 63. 2. 205; civ. rej. 22 déc. 1863, D. P. 64. 1. 121; civ. cass. 31 janv. 1865, D. P. 65. 1. 390; civ. cass. 1er juill. 1867, D. P. 67. 1. 314; civ. cass. 10 avr. 1872, D. P. 73. 5. 93; civ. cass. 28 janv. 1873, D. P. 73. 1. 10; req. 7 nov. 1881, D. P. 82. 1. 214; civ. rej. 15 mars 1882, D. P. 83. 1. 59; civ. rej. 18 avr. 1882, D. P. 83. 1. 411; Grenoble, 19 août 1882, D. P. 83. 2. 100; civ. cass. 3 juill. 1883, D. P. 84. 1. 135; req. 17 mars 1885, D. P. 85. 1. 250; Pau, 7 mars 1887, D. P. 88. 2. 236; req. 27 févr. 1888, D. P. 89. 1. 31; civ. cass. 18 mars 1889, D. P. 90. 1. 278; civ. rej. 20 mars 1889, D. P. 89. 1. 382, S. 92. 1. 565; Riom, 24 déc. 1890, D. P. 92. 2. 133; civ. cass. 16 mars 1891, S. 92. 1. 10; req. 29 mars 1891, S. 92. 1. 362; Paris, 6 mai 1892, D. P. 93. 2. 204; civ. cass. 30 avr. 1895, D. P. 95. 1. 415, S. 95. 1. 407; req. 23 juill. 1895, D. P. 96. 1. 450, S. 97. 1. 51; req. 23 oct. 1895, D. P. 96. 1. 84; civ. rej. 15 déc. 1896, D. P. 97. 1. 451, S. 97. 1. 184; Bourges, 14 janv. 1898, S. 98. 2. 144). Voy., sur la forme de la demande à fin d'interprétation, civ. rej. 20 mars 1889 (D. P. 89. 1. 382); sur les règles de l'interprétation des jugements, ch. réun. cass. 17 févr. an XI (D. A. *v° cit.*, n° 333), Agen, 29 déc. 1824 (D. A. v° *Degrés de juridiction*, n° 95), req. 22 mai 1832 (D. A. v° *Propriété*, n° 70), crim. cass. 12 mars 1864 (D. P. 66. 1. 410), req. 13 mars 1876 (D. P. 77. 1. 487), req. 10 mars 1879 (D. P. 79. 1. 216), req. 25 mai 1880 (D. P. 81. 1. 9), req. 4 mai 1881 (D. P. 82. 1. 205), Bordeaux, 20 janv. 1893, D. P. 93. 2. 344); sur l'effet des jugements interprétatifs, civ. rej. 17 déc. 1851 (D. P. 52. 1. 237); sur l'appréciation souveraine des tribunaux en tant qu'il s'agit d'interpréter leurs jugements, req. 13 févr. 1827 (D. A. v° *Vente publique d'immeubles*, n° 1649), req. 22 janv. 1872 (D. P. 72. 1. 321); sur l'époque à laquelle l'interprétation peut en être demandée, civ. rej. 15 nov. 1887 (D. P. 89. 1. 153), req. 25 juin 1889 (D. P. 90. 1. 420); sur l'appel des jugements interprétatifs, Bordeaux, 20 janv. 1893 (D. P. 93. 2. 344); et, sur la cassation des jugements qui, sous prétexte d'interprétation, remettent en question la chose jugée, civ. cass. 27 janv. 1829 (D. A. v° *Acquiescement*, n° 90), civ. cass. 27 août 1829 (D. A. v° *Obligations*, n° 5511), civ. cass. 6 févr. 1838 (D. A. v° *Vente publique d'immeubles*, *loc. cit.*).

§ **1121**. [1] La *litiscontestatio* opérait-elle novation? Voy. t. II, § **662**, note 3. La question se pose également pour la condamnation, avec une nuance sur laquelle je vais revenir (Voy. Accarias, *op. cit.*, t. II, p. 909, note 1, et *infrà*, note 3).

[2] *Ipso jure* dans les *judicia legitima*, *in personam* et *in jus*; à l'aide de l'exception *rei judicatæ* dans les *judicia imperio continentia*, *in rem* ou *in factum* (Gaius, *Comm.* III, § 181; *Comm.* IV, §§ 106 et 107).

[3] Il se produisait ainsi deux novations successives : l'une au moment de la *litiscontestatio* l'autre au moment de la sentence, avec cette différence que la première changeait la nature et l'objet du droit, au lieu que la seconde n'en changeait que la cause. Avant la *litiscontestatio*, le demandeur avait un droit

celle d'exécuter la condamnation portée par le juge[4] : « *Si « condemnatus sit, incipit ex causâ judicati teneri, et hoc est « quod apud veteres scriptum est ante litem contestatam dare « debitorem oportere, post condemnationem judicatum facere « oportere* »[5]. On a voulu transporter cette idée dans le droit français : on a prétendu qu'il ne reste rien, après le jugement, des relations juridiques qui ont existé jusqu'alors; on en a conclu, par exemple, que la solidarité et l'élection de domicile ont disparu par le fait du jugement; que, par suite, on ne peut ni recouvrer solidairement les dépens contre les débiteurs poursuivis et condamnés en vertu d'une obligation solidaire, ni signifier le jugement au domicile élu par le débiteur pour l'exécution de la convention[6]. J'ai repoussé la première de ces solutions au § **1108**, et l'on verra au § **1191** que je n'admets pas non plus la seconde, car elles me paraissent reposer toutes deux sur une idée fausse. Cette transformation des rapports de droit qui ont existé jusqu'alors entre les parties est, même au point de vue du droit romain, une idée factice et arbitraire qui ne repose sur aucun principe essentiel et ne correspond à aucune réalité[7], et il n'y a dans les textes du droit français aucun indice qu'il ait voulu se l'approprier[8]. Tout ce qui en reste, c'est qu'une fois le débiteur condamné, l'action du créancier ne se prescrit plus que par trente ans, eût-elle été soumise auparavant à

réel ou un droit de créance, et, dans ce dernier cas, il était créancier d'une somme d'argent, d'un corps certain, ou d'une obligation de faire ou de ne pas faire. Après la *litiscontestatio*, il n'était plus jamais que créancier d'une somme d'argent, et la condamnation ne pouvait que changer la cause de sa créance : il ne devait plus, comme dit Gaius (*Comm.* III, § 180), *litiscontestatione* mais *ex causâ judicati* (Voy., sur ce point, Accarias, *op. cit.*, t. II, n° 777).

[4] Voy., sur les particularités de cette action, Gaius, *Comm.* IV, §§ 9, 25, 102 et 171; Accarias, *op. cit.*, t. II, n° 780.

[5] Gaius, *Comm.* III, § 180; aj. § 181.

[6] Voy. notamment Boncenne, *op. cit.*, t. II, p. 531.

[7] Justinien la maintient cependant (Cod. Just., L. 3 pr., *De us. rei jud.*, VII, LIV), mais il la dépouille d'un de ses principaux effets : désormais, les *correi promittendi* ne seront plus libérés par la condamnation de l'un d'eux, si elle n'a été suivie du paiement de la dette (Cod. Just., L. 28, *De fidej.*, VIII, XLI). D'autre part, on a fait remarquer avec raison que la condamnation qui, avant Justinien, ne changeait que la cause du droit né de la *litiscontestatio* (Voy. *suprà*, note 3), en change nécessairement l'objet dans les cas exceptionnels où le juge ne peut condamner le défendeur *ad ipsam rem* (Accarias, *op. cit.*, t. II, p. 928, note 2).

[8] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 513. Bonnier, *op. cit.*, n° 355.

une prescription plus courte[9]. L'article 189 du Code de commerce dispose, en effet, que « toutes actions relatives aux « lettres de change[10], et à ceux des billets à ordre souscrits « par des négociants, marchands ou banquiers ou pour faits « de commerce[11], se prescrivent par cinq ans s'il n'y a eu « condamnation »[12]. Si donc il y a eu condamnation, on retombe dans le droit commun de la prescription trentenaire[13], et l'on est généralement d'accord pour étendre à tous les débiteurs couverts par une courte prescription cette décision, qui n'est inspirée par aucun motif particulier aux lettres de change et aux billets à ordre[14].

§ **1122**. III. Si le jugement de condamnation produit cet effet, le jugement d'absolution en produit un autre en sens inverse : il anéantit les effets de la demande en tant qu'ils sont favorables au demandeur. 1° Les intérêts moratoires ne courent plus désormais, et ceux qui ont couru sont annulés, car, s'il est jugé que le défendeur n'est pas débiteur, il ne doit pas plus les intérêts que le capital même à raison duquel il a été poursuivi[1]. 2° L'interruption de prescription est non avenue[2] : on en verra la conséquence en matière de péremption[3].

§ **1123**. IV et V. L'exécution forcée fera l'objet du tome IV et de la première partie du tome V de ce Traité. Quant à

[9] Voy., sur les courtes prescriptions, C. civ., art. 2271 et suiv.

[10] Voy., sur les actions soumises à la prescription quinquennale, Boistel, *op. cit.*, n° 846; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, 1re édit., t. I, nos 1281 et 1282.

[11] Voy., sur cette distinction entre les billets à ordre souscrits par des commerçants ou pour une cause commerciale, et ceux qui n'ont été souscrits que par des non-commerçants et pour une cause civile, Boistel, *op. cit.*, n° 845; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. I, n° 1299.

[12] « Cette prescription complète le système des déchéances : les opérations « effectuées par lettre de change doivent se régler rapidement, et il ne faut pas « qu'il y ait trop longtemps incertitude ; c'est pour cela que les formalités doi- « vent être remplies dans des délais très brefs, sans quoi il y a déchéance à « l'égard de ceux qui ne sont que garants » (Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. I, n° 1280; voy., sur le serment qui peut être déféré, dans ce cas, aux débiteurs et à leurs veuves, héritiers ou ayants-cause, t. II, § **357**).

[13] C. civ., art. 2262. Boistel, *op. cit.*, n° 850. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. I, n° 1285.

[14] Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 446. Bonnier, *op. et loc. cit.*

§ **1122**. [1] Bonnier, *op. cit.*, n° 356.

[2] C. civ., art. 2247.

[3] Voy. le tome IV.

l'hypothèque judiciaire[1], elle consiste dans un droit de préférence et de suite[2] qui grève, à la date de son inscription[3], tous les immeubles[4] de la partie condamnée[5]. Elle résulte de

§ **1123.** [1] Cette institution importante n'existait pas dans le droit romain. Le *pignus prætorium* des créanciers, sur les biens en possession desquels ils étaient envoyés par le magistrat, n'établissait aucune cause de préférence entre les divers créanciers qui l'obtenaient ensemble, et ne les rendait préférables qu'aux créanciers postérieurs à l'envoi en possession (Dig., LL. 26, pr., *De pign. act.*, XIII, VII; 5, §§ 3 et 4, *Ut in poss. leg.*, XXXVI, IV). Créait-il un droit de suite? Voy. Cod. Just., L. 2, *De præt. pign.*, VIII, XXII). Le *pignus judiciale* ou *in causâ judicati captum*, qui résultait de l'ordre donné par le magistrat de saisir un ou plusieurs biens de la partie condamnée et récalcitrante, rappelle davantage notre hypothèque judiciaire, car il établissait, à la date de la prise de possession, un droit de préférence à l'encontre de tous les créanciers qui n'avaient pas le même *pignus*, ou qui ne l'obtenaient qu'ensuite. Toutefois, ce *pignus* différait de l'hypothèque judiciaire : 1° en ce qu'il ne résultait pas du seul jugement de condamnation mais d'un ordre spécial du magistrat; 2° en ce qu'il n'était pas général, les officiers publics chargés de procéder à la saisie devant s'arrêter dès que les objets saisis leur paraissaient suffisants pour assurer le paiement intégral de la condamnation (Voy., sur ce *pignus*, Dig., LL. 10, *Qui pot. in pign.*, XX, IV). L'hypothèque judiciaire est cependant antérieure à l'ordonnance de Moulins (Art. 53; Isambert, *op. cit.*, t. XIV, p. 203), et même à celle de Villers-Cotterets (Art. 92 et 93; Isambert, *op. cit.*, t. XIII, p. 618), auxquelles on la fait généralement remonter : elle existait déjà dans la première rédaction de la coutume de Paris (Art. 78), d'où elle a passé dans la seconde (Art. 107). Elle s'était introduite dans le droit coutumier comme une conséquence presque forcée de l'hypothèque tacite ou générale qui résultait de toute obligation contractée devant notaire : il n'avait pas semblé qu'un jugement pût avoir moins de force qu'un acte notarié (Voy. *infrà*, § **1125**, note 1). Le droit intermédiaire a maintenu l'hypothèque judiciaire en la restreignant aux biens présents du débiteur (L. 11 brum. an VII, art. 4). Voy., sur l'histoire de cette institution, Accarias, *op. cit.*, t. II, n° 289; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du nantissement, des privilèges et hypothèques, et de l'expropriation forcée* (Paris, 1895-1896), t. I, n°s 1218 et suiv.; Valette, *De l'hypothèque judiciaire* (dans la *Revue de droit français et étranger*, t. XVI, 1849), p. 912 et suiv.); Challamel, *L'hypothèque judiciaire* (Paris, 1881), p. 19 et suiv.

[2] Le tiers détenteur peut opposer le bénéfice de discussion au créancier muni de l'hypothèque judiciaire (C. civ., art. 2170 et 2171; aj., sur les effets de cette hypothèque, civ. cass. 29 juin 1896, D. P. 97. 1. 122, S. 97. 1. 177, voy. *ib.* la note de M. Dalmbert).

[3] Le rang de l'hypothèque judiciaire se détermine par la date de l'inscription (C. civ., art. 2134), non-seulement pour les biens présents mais encore pour les biens à venir du débiteur, de sorte qu'elle prime, sur ces derniers, toutes les hypothèques générales qui lui sont postérieures (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. III, p. 260 et 485, Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. IX, n° 101 *bis*-III; *contrà*, Delvincourt, *op. cit.*, t. III, p. 548 et suiv., Duranton, *op. cit.*, t. XIX, n° 325). On sait que la question de savoir si les hypothèques générales viennent en concours sur les biens à venir du débiteur, ou si elles sont soumises à la règle « *Prior « tempore potior jure* », est très controversée en droit romain : c'est à cette dernière solution que se rangent la plupart des commentateurs français du droit romain (Voy. Dig., LL. 7, § 1, et 21, pr., *Qui pot. in pign.* (XX, IV), et 28, *De jur. fisc.* (XLIX, XIV); Machelard, *Textes de droit romain sur la possession, les hypothèques et les donations entre époux* (Paris, 1856), p. 124 et suiv.).

[4] Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, t. I, n°s 1266 et suiv. L'hypothèque judiciaire est, d'ailleurs, réductible conformément aux articles 2161 et 2163 du Code civil.

[5] Fût-elle incapable de constituer une hypothèque conventionnelle : la clause

plein droit[6] : 1° de tous les jugements[7] contentieux[8], définitifs ou d'avant faire droit[9], qui contiennent une condamnation

qui interdit à un donataire d'hypothéquer l'immeuble donné ne s'entend que de l'hypothèque conventionnelle, et les créanciers de ce donataire qui ont pris jugement contre lui conservent le droit d'inscrire sur cet immeuble l'hypothèque judiciaire (Douai, 2 juin 1892; D. P. 95. 1. 91; S. 95. 1. 276).

[6] L'hypothèque des personnes placées dans un établissement d'aliénés sur les immeubles de leur administrateur provisoire présente, à cet égard, quelque chose de particulier : non-seulement elle résulte d'un acte de la juridiction gracieuse (Voy. *infrà*, note 8), mais encore elle dépend de l'appréciation du tribunal, et n'existe que s'il juge à propos de l'établir par le jugement qui nomme l'administrateur provisoire (L. 30 juin 1838, art. 34; voy., sur le caractère particulier de cette hypothèque, Demolombe, *op. cit.*, t. VIII, nos 824 et 825, Aubry et Rau, *op. cit.*, t. III, p. 206 et 253).

[7] Peu importe par quelle autorité ils sont rendus (tribunal de première instance ou de commerce, juge de paix ou conseil de prud'hommes, tribunal criminel ou administratif, consul français à l'étranger; L. 22 juill. 1889, art. 49; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. III, p. 251 et 252; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, t. I, nos 1236 et suiv.; Troplong, *Des privilèges et hypothèques*, t. II, nos 446 et suiv.; Pont, *op. cit.*, t. I, n° 579; Valette, *op. cit.*, dans la *Revue de droit français et étranger*, t. XVI, 1849, p. 924). Il faut seulement qu'il s'agisse d'une juridiction française, les jugements étrangers ne produisant hypothèque judiciaire en France que dans deux cas : 1° s'il existe un traité diplomatique avec le pays dans lequel ils ont été rendus; 2° s'ils ont été déclarés exécutoires par un tribunal français (C. civ., art. 2123). Quelle est alors la mission du tribunal français? Peut-il ou même ne doit-il pas réviser au fond la décision qu'on lui demande de rendre exécutoire en France? Voy., sur ce point, le tome VIII. Les décisions arbitrales qui n'émanent pas d'un tribunal constitué n'emportent aussi hypothèque judiciaire qu'autant qu'elles sont revêtues d'une ordonnance judiciaire d'exécution (C. civ., art. 2123; qu'est-ce que cette ordonnance, et en quoi diffère-t-elle de l'acte qui rend exécutoire en France le jugement d'un tribunal étranger? voy., sur ce point, le tome VIII). L'hypothèque judiciaire est-elle attachée à toutes les contraintes administratives, ou seulement à celles qui ont le caractère de jugements? Quelles contraintes ont ce caractère? Voy., sur ces deux points, Valette, *De l'hypothèque qui résulte des contraintes administratives* (dans la *Revue du droit français et étranger*, t. IV, 1847, p. 832 et suiv.); Henry Michel, *Études sur les créances et les dettes de l'État* (Paris, 1887), p. 144 et suiv.

[8] L'hypothèque judiciaire ne résulte pas des actes de juridiction gracieuse (Voy., sur les conséquences de ce principe, notamment au point de vue des jugements qui portent nomination de curateurs à succession vacante, de conseils judiciaires, et d'administrateurs provisoires des biens de personnes placées dans un établissement d'aliénés, Aubry et Rau, *op. cit.*, t. III, p. 252, Troplong, *op. cit.*, t. II, n° 438, Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, t. I, nos 1224 et suiv., Valette, (dans la *Revue de droit français et étranger*, t. XVI, 1849, p. 976 et 977); et, sur l'exception que la loi du 30 juin 1838 apporte au même principe, *suprà*, note 6). On peut attacher au même ordre d'idées l'article 54 du Code de procédure, aux termes duquel les conventions contenues au procès-verbal de conciliation n'ont force que d'obligation privée (Voy., sur cet article, t. II, § 639) : quelque obligation ou reconnaissance qu'il renferme, il n'en saurait résulter une hypothèque judiciaire (Merlin, *op. cit.*, v° *Hypothèque*, sect. II, § II, n° 1; Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*; Troplong, *op. cit.*, t. II, n° 448; Pont, *op. cit.*, t. I, n° 588; Valette, *op. cit.* (dans la *Revue de droit français et étranger*, t. XVI, 1849, p. 973); civ. cass. 22 déc. 1806, D. A. v° *Privilèges et hypothèques*, n° 1175). Cela est d'autant plus certain qu'on l'a reconnu à plusieurs reprises dans les travaux préparatoires du Code civil et du Code de procédure (Locré, *op. cit.*, t. XVI, p. 253 et 254; t. XXI, p. 253 et 399).

[9] *Définitifs ou provisoires*, dit l'article 2123 du Code civil, excluant ainsi

actuelle ou le principe d'une condamnation éventuelle, soit au principal soit aux intérêts et aux frais[10], qui condamnent,

les jugements préparatoires et interlocutoires. Le fait est que les jugements provisoires entraînent l'hypothèque judiciaire à cause de la condamnation qu'ils contiennent à payer une provision, et que les jugements préparatoires ou interlocutoires ne doivent pas, en principe, produire cet effet, attendu qu'ordonnant une simple mesure d'instruction et ne contenant aucune condamnation, ils ne font naître aucune créance qui puisse être garantie par une hypothèque (Paris, 31 juill. 1833, D. A. v° *Faillite*, n° 1066; Bordeaux, 26 mars 1834, (D. A. *v° cit.*, n° 331; Toulouse, 30 juin 1840, D. A. v° *Privilèges et hypothèques*, n° 1114). Toutefois, on peut concevoir deux cas où l'hypothèque judiciaire sera inscrite en vertu d'un jugement préparatoire ou interlocutoire. 1° Lorsqu'un jugement de cette nature contiendra le germe d'une obligation dont l'existence définitive est subordonnée au jugement du fond, l'hypothèque qui garantit cette obligation éventuelle sera inscrite immédiatement, sauf à ne valoir définitivement que si le jugement du fond réalise la condition d'où dépend cette créance (Voy., par exemple, l'arrêt de la chambre des requêtes, du 4 juin 1828 (D. A. *v° cit.*, n° 1116), aux termes duquel le jugement préparatoire, qui interdit à des associés plaidant en reddition de compte, et se prétendant créanciers l'un de l'autre, de vendre leurs immeubles, afin que chacun d'eux conserve toute garantie contre son adversaire, produit immédiatement des obligations de ne pas faire, contient le germe d'une condamnation éventuelle à des dommages-intérêts pour celle des parties qui contrevient à l'interdiction d'aliéner, et emporte une hypothèque judiciaire qui peut être immédiatement inscrite, sauf à ne devenir définitive que si l'une des parties, ayant enfreint la défense d'aliéner, est condamnée à payer à l'autre des dommages-intérêts; aj. Caen, 2 mars 1831, D. A. *v° et loc. cit.*). 2° L'hypothèque judiciaire résulte même, d'une façon certaine et définitive, du jugement qui condamne dès maintenant la partie qui a succombé sur un incident à en payer les frais. Cette solution ressort naturellement de la combinaison de ces deux principes : 1) le tribunal qui prononce un jugement d'avant faire droit peut, au lieu de réserver les dépens, y condamner immédiatement la partie contre laquelle est rendu ce jugement (Voy. *suprà*, § **1104**); 2) l'hypothèque judiciaire résulte de tous les jugements de condamnation (Voy. *infrà*, même §).

[10] Aubry et Rau, *op. cit.*, t. III, p. 255. Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. IX, n° 86 *bis*-III; Pont, *op. cit.*, t. I, n° 574. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, t. I, n°s 1227 et suiv. Peu importe que l'obligation à l'exécution de laquelle le débiteur est condamné soit de donner, de faire, ou de ne pas faire : l'hypothèque judiciaire peut garantir efficacement le paiement des dommages-intérêts encourus pour inexécution de cette espèce d'obligation (Merlin, *op. et v° cit.*, sect. II, § II, art. V, n° 3; Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*; Troplong, *op. cit.*, t. II, n° 442 *bis*; req. 20 mai 1839. D. A. *v° cit.*, n° 1121; civ. cass. 8 déc. 1857, D. P. 58. 1. 87; Paris, 4 janv. 1868, D. P. 68. 2. 136; req. 1er août 1881, D. P. 82. 1. 416; req. 17 déc. 1894, D. P. 95. 1. 193, voy. *ib.* la note de M. Boistel, S. 97. 1. 329; req. 20 nov. 1895, D. P. 96. 1. 163). L'admission au passif d'une faillite vaut condamnation du failli, et emporte hypothèque judiciaire (Req. 6 mars 1894, D. P. 94. 1. 489, voy. *ib.* les conclusions de M. Cruppi, S. 96. 1. 41, voy. *ib.* la note de M. Dalmbert; req. 20 nov. 1895, D. P. 96. 1. 163), et il en est de même du jugement qui rejetant le contredit élevé contre la collocation d'un créancier dans un ordre, emporte virtuellement reconnaissance de la créance et condamnation de qui de droit à la payer (Req. 24 déc. 1890; D. P. 92. 1. 183; S. 92. 1. 301); mais il faut, pour qu'une créance emporte hypothèque judiciaire : 1° que la condamnation existe au moins en germe, et ainsi l'hypothèque judiciaire ne résulte pas du jugement qui prescrit les mesures à prendre en vue de la liquidation d'une société, sans préjuger contre aucune partie l'existence d'un droit de créance (Riom, 22 déc. 1886; D. P. 87. 2. 230); 2° que le tribunal en déclare l'existence

par exemple, une partie à rendre compte[11], à payer des

dans le dispositif de son jugement : une créance dont il n'est parlé que dans les motifs d'un jugement ne saurait être ainsi garantie (Req. 4 août 1879; D. P. 81. 1. 174). Le jugement qui ordonne de fournir caution n'emporte pas hypothèque judiciaire sur les biens de la caution, à laquelle cette décision est étrangère (Cour d'appel de Savoie, 8 mai 1854; D. P. 55. 2. 241), et l'on verra au tome IV qu'il y a controverse sur le point de savoir si le jugement qui admet cette caution, et la soumission par elle faite au greffe en vertu de ce jugement, produisent cette hypothèque. Il ne faut pas confondre cette question avec les deux suivantes. 1° Le jugement qui ordonne au débiteur de fournir caution soumet-il ses biens à l'hypothèque judiciaire pour la garantie, sinon du paiement de la dette principale, au moins des dommages-intérêts qu'encourra ce débiteur s'il ne fournit pas caution? La question est controversée, mais l'affirmative est préférable, car il y a pour ce débiteur obligation de faire, avec condamnation éventuelle à des dommages-intérêts en cas d'inexécution, et les conditions normales de l'hypothèque judiciaire sont, par conséquent, réalisées (Troplong, *op. cit.*, t. II, n° 441, Bruxelles, 3 mai 1815, D. A. *v° cit.*, n° 1130; *contrà*, Persil, *Questions sur les privilèges et hypothèques* (Paris, 1812), t. I, p. 225). 2° Lorsqu'un demandeur étranger est dispensé de fournir la caution *judicatum solvi*, attendu qu'il possède en France des immeubles suffisants pour garantir le paiement des frais et dommages-intérêts résultant du procès, le jugement qui l'en dispense emporte-t-il hypothèque judiciaire sur ces immeubles? La difficulté vient de ce que cet étranger a gain de cause, mais on peut faire à cette objection trois réponses. 1° Si l'on décide que le jugement qui admet une caution soumet ses biens à l'hypothèque judiciaire (Voy. *suprà*, même note), il sera naturel d'en dire autant du jugement qui, en dispensant l'étranger de fournir caution, l'admet en quelque sorte à se servir de caution à lui-même. 2° Une condamnation, même éventuelle, n'est pas absolument nécessaire pour qu'il existe une hypothèque judiciaire, car on la verra bientôt résulter des jugements rendus sur une simple demande en reconnaissance ou en vérification d'écriture. 3° Il existe, enfin, dans l'espèce une condamnation éventuelle aux frais et aux dommages-intérêts, car, si le demandeur n'était pas tenu, au moins conditionnellement, de les payer, il ne serait pas astreint à fournir caution ou à justifier qu'il offre dès maintenant des garanties équivalentes (Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, t. I, n°s 1232 et suiv.; Bonnier, *op. cit.*, n° 412; voy. aussi, sur cette question, t. II, § **768**).

[11] Aubry et Rau, *op. cit.*, t. III, p. 256. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, t. I, n° 1232. Pont, *op. et loc. cit.* Lyon, 11 août 1809; civ. rej. 21 août 1810 (D. A. *v° cit.*, n° 1122). Colmar, 16 avr. 1818 (D. A. *v° cit.*, n° 1587). Civ. rej. 22 juin 1821 (D. A. *v° Acte de commerce*, n° 52). Req. 4 août 1825; Colmar, 26 juin 1832; civ. rej. 16 févr. 1842 (D. A. *v° Privilèges et hypothèques*, n° 1122). Req. 23 mars 1867 (D. P. 68. 1. 423). Req. 19 août 1878 (D. P. 79. 1. 264). L'hypothèque judiciaire est-elle attachée au jugement qui nomme un administrateur, sans le condamner encore à rendre compte? Voy., sur cette question controversée, Delvincourt, *op. cit.*, t. III, n° 527; Persil, *op. et loc. cit.*; Troplong, *op. cit.*, t. II, n° 440; Paris, 12 déc. 1833 (D. A. *v° cit.*, n° 1124). En tout cas, le jugement qui ordonne que des parties entreront en compte, sans dire ni préjuger encore laquelle sera créancière ou débitrice, ne fait naître d'obligation pour aucune d'elles, et n'emporte, par conséquent, aucune hypothèque (Bourges, 31 mai 1830; D. A. *v° cit.*, n° 1123). Les jugements qui ordonnent une liquidation emportent aussi hypothèque au profit de chacune des parties, mais à condition qu'une créance dès maintenant certaine résulte pour toutes deux, ou tout au moins pour l'une d'elles, du dispositif de ce jugement (Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*; Montpellier, 7 janv. 1837, D. A. *v° cit.*, n° 1125; Toulouse, 9 août 1844, D. A. *v° cit.*, n° 1126; civ. cass. 18 avr. 1855, D. P. 55. 1. 258; civ. cass. 8 déc. 1857, D. P. 58. 1. 87; civ. cass. 6 mai 1868, D. P. 68. 1. 316).

dommages-intérêts qui ne sont fixés que par état[12], ou à supporter des frais qui ne sont pas encore taxés[13]; 2° des actes judiciaires qui, sans être des jugements proprement dits, créent cependant des obligations[14], comme les ordonnances de collocation rendues en matière d'ordre, ou celle du président en vertu de laquelle la partie qui se désiste doit payer les frais déjà faits[15]; 3° des jugements qui déclarent qu'un écrit sous seing privé attribué au débiteur a été réellement signé par lui ou par ses auteurs, ou qui donnent acte au créancier de ce que le débiteur a reconnu sa propre écriture ou celle de ses auteurs[16].

§ **1124**. J'ai expliqué aux §§ **798** et suivants comment les demandes incidentes en reconnaissance ou en vérification d'écriture aboutissent à un jugement susceptible de produire l'hypothèque judiciaire; j'ajoute ici que ce jugement et cette hypothèque peuvent résulter aussi d'une demande principale[1]. C'est le cas que prévoient les articles 193 et 194[2], lors-

[12] C'est justement l'utilité que présente cette manière de condamner à des dommages-intérêts (Voy. *suprà*, § **1075**).

[13] Puisqu'il suffit du principe d'une condamnation future pour que la partie qui a gain de cause ait le droit d'inscrire une hypothèque judiciaire (Voy. *suprà*, même §), il en sera de même, à plus forte raison, d'une condamnation dès maintenant prononcée, et dont il ne reste plus qu'à liquider le montant.

[14] Tel est le sens du mot *actes judiciaires* dans l'article 2117 du Code civil (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. III, p. 251, Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, t. I, nos 1259 et suiv.; voy., sur l'hypothèque judiciaire qui résulte des bordereaux de collocation, le tome V). *Quid* des exécutoires de dépens? Voy. *infrà*, § **1206**.

[15] Voy. le tome VII. Aubry et Rau donnent aussi (*Op. et loc. cit.*) comme exemple d'acte judiciaire entraînant hypothèque l'ordonnance dont il est parlé en l'article 191; mais j'ai dit t. II, § **796**, note 21, qu'il s'agit dans cet article d'un véritable jugement.

[16] C. civ., art. 2117 et 2123.

§ **1124**. [1] Que la demande soit principale ou incidente, l'hypothèque judiciaire ne peut résulter du jugement qui l'admet, si l'écrit vérifié ou reconnu n'est pas obligatoire : ainsi le jugement, qui déclare reconnu ou vérifié un écrit sous seing privé portant obligation unilatérale de payer une somme d'argent ou une chose appréciable en argent, n'emporte hypothèque judiciaire que si cet écrit porte le *bon pour* ou *approuvé* prescrit par l'article 1326 du Code civil : et ce, quand même on admettrait qu'un pareil écrit peut servir de commencement de preuve par écrit (Trib. de Douai, 31 mai 1879, D. P. 81. 3. 40; voy., sur le *bon pour* ou *approuvé*, t. II, § **716**; et, sur la question de savoir si les écrits dépourvus de cette mention, lorsqu'elle y est obligatoire, peuvent servir de commencement de preuve par écrit, *suprà*, § **824**).

[2] J'ai déjà fait remarquer que ces deux articles, bien que placés au milieu des incidents de procédure, n'ont pas trait à la vérification incidente, mais à la

qu'ils disposent que l'assignation sera donnée à trois jours[3], que le demandeur en supportera tous les frais si l'écriture est reconnue[4], qu'elle sera tenue pour reconnue si le défendeur fait défaut, que, s'il la reconnaît, le tribunal en donnera acte au demandeur[5], et que, si l'écriture est contestée, la vérification aura lieu dans les formes ci-dessus déterminées. Cette demande a un double objet. 1° Si la dette n'est pas échue, le demandeur, qui peut prouver actuellement la

demande principale en reconnaissance ou vérification principale (Voy. t. II, §§ **781**, note 6, et **798**, note 4).

[3] Cette demande requiert célérité, comme on le verra bientôt par son objet; aussi l'assignation est-elle donnée à bref délai, de plein droit et sans permission préalable du président (Art. 193). Il s'agit, d'ailleurs, dans cet article, de trois jours francs, conformément au droit commun et sans préjudice de l'augmentation ordinaire à raison de la distance (Voy. t. II, §§ **519**, **522** et suiv.). Ce délai peut-il être abrégé par le président qui permettrait, par exemple, d'assigner à un jour franc? Je le crois vu la disposition générale de l'article 72, mais je n'irais pas jusqu'à permettre au président d'autoriser l'assignation de jour à jour ou d'heure à heure qui n'est admise qu'en matière de référé (Voy. cep. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 13, Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 795; et, sur les assignations à bref délai, t. II, § **672**). Je crois, d'autre part, que le président pourrait abréger ou même supprimer les délais de distance (Voy., sur ce point, t. II, *ib.*, note 15; aj., sur le délai de l'assignation en matière de reconnaissance ou de vérification d'écriture, civ. cass. 10 juin 1807, D. A. v° *Successions*, n° 745, Paris, 3 août 1844, D. P. 52. 2. 9).

[4] « Tous les frais relatifs à la reconnaissance ou à la vérification, même ceux « de l'enregistrement de l'écrit » (Art. 193). Cette dernière disposition est-elle particulière à la vérification d'écriture, ou bien est-ce la règle générale que les frais d'enregistrement soient compris dans les dépens? Voy., à cet égard, *infrà*, § **1201**. Elle est, d'ailleurs, modifiée, sur un point, par la loi du 3 septembre 1807 dont il sera parlé au § **1188**. Aux termes de l'article 2 de cette loi, le défendeur qui n'a pas résisté à la demande principale en reconnaissance ou en vérification d'écriture formée contre lui avant l'échéance de la dette, paie cependant les droits d'enregistrement si, l'échéance venue, il refuse de se libérer. La disposition de l'article 193, qui l'exonère entièrement de ces frais, ne s'applique donc plus qu'aux demandes formées après l'échéance (Civ. cass. 23 août 1843; D. A. v° *Rente viagère*, n° 128). Cette différence s'explique assez naturellement, si l'on considère que le créancier a plus d'intérêt à agir en reconnaissance avant qu'après l'échéance, et que son action est, en quelque sorte, plus légitime dans le premier cas que dans le second : dans le premier cas, il ne peut demander le paiement, et n'agit en reconnaissance que pour éviter le dépérissement des preuves; dans le second cas, il pourrait exiger le paiement, et sa demande n'a d'autre but que de lui procurer plus tôt l'hypothèque judiciaire (Voy. cep. req. 6 juill. 1822 et Riom, 28 févr. 1824; D. A. v° *Vérification d'écriture*, n° 191 : ces deux arrêts appliquent à tort l'article 2 de la loi du 3 septembre 1807 aux demandes en reconnaissance ou en vérification d'écriture formées après l'échéance). On remarquera, enfin, que l'article 193 et l'article 2 de la loi du 3 septembre 1807 dérogent au principe général qui met les dépens à la charge de la partie qui succombe : dans l'espèce, c'est le défendeur qui succombe et le demandeur qui paie les frais (Voy., sur cette particularité, *suprà*, § **1100**).

[5] Dans ce cas, le défendeur paie, quoi qu'il arrive, tous les frais de la demande (Liège, 15 avr. 1835; D. A. *v° cit.*, n° 54).

sincérité de l'écriture, met l'acte dont il est porteur à l'abri de dénégations qui pourraient ne se produire que plus tard, quand il n'aura plus le moyen de les combattre[6]. 2° Si la dette est échue, le demandeur obtient plus tôt jugement en procédant ainsi qu'en faisant condamner le débiteur à payer, car il assigne à trois jours sans ordonnance du président, et obtient plutôt audience qu'en assignant à huitaine ou en sollicitant la permission du président pour le faire à trois jours; or cette avance, ne fût-elle que de vingt-quatre heures, n'est pas à dédaigner, car plus tôt le jugement sera rendu plus tôt il produira l'hypothèque judiciaire. Si telle est la situation du porteur d'un acte sous seing privé, il me paraît impossible que celui d'un acte authentique ne puisse pas se procurer les mêmes avantages; il peut donc, bien qu'on l'ait contesté, agir en reconnaissance d'écriture pour obtenir au plus tôt l'hypothèque judiciaire. On dit que cette procédure est vexatoire, et qu'il n'est pas permis d'exiger la reconnaissance d'une écriture qui fait foi par elle-même et jusqu'à inscription de faux; mais je réponds : 1° qu'il n'est pas défendu — c'est ce qu'on fait dans l'espèce — de sommer le débiteur de déclarer s'il reconnaît l'authenticité de l'acte, ou s'il entend s'inscrire en faux; 2° qu'une demande fondée sur un intérêt légitime ne peut être vexatoire, et qu'il n'y a pas d'intérêt plus légitime que celui d'obtenir le plus tôt possible l'hypothèque, où celui qui est *potior tempore* est aussi *prior jure*[7].

[6] On a vu t. I, §§ **297** et suiv., que quiconque a un intérêt a une action, et, spécialement, qu'une partie, qui, possédant la preuve de son droit, craint de la voir dépérir, peut agir en justice aux fins de l'administrer (Comp., sur l'inscription de faux principale qui résulte aussi du même principe, t. II, § **818**).

[7] Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. IX, n° 87 *bis*-VI. Riom, 25 mai 1816 (D. A. v° *Privilèges et hypothèques*, n° 1145). Req. 29 avr. 1823 (D. A. v° *cit.*, n° 1149). Bordeaux, 29 juill. 1824 (D. A. v° *cit.*, n° 1147). Nîmes, 5 janv. 1831 (D. A. v° *cit.*, n° 1150). Colmar, 24 juill. 1851 (D. P. 52. 2. 294). *Contrà*, Troplong, *op. cit.*, t. I, n° 442; Rouen, 24 mai 1815 (D. A. v° *cit.*, n° 1143). C'est par un motif analogue que le jugement de condamnation produit l'hypothèque judiciaire, qui est générale, au profit du créancier déjà muni d'une hypothèque conventionnelle qui n'est ordinairement qu'une hypothèque spéciale (Voy., sur ce dernier point, la note suivante; et, en ce sens, Metz, 12 mai 1818, D. A. v° *Action*, n° 170, Amiens, 20 juin 1823, D. A. v° *Privilèges et hypothèques*, n° 1148, civ. cass. 13 déc. 1824, D. A. v° *cit.*, n° 1147, req. 20 avr. 1825, D. A. v° *cit.*, n° 1151, Bordeaux, 21 déc. 1832, D. A. v° *cit.*, n° 1190, Paris, 6 avr. 1850, D. P. 50. 5. 276, Paris, 22 nov. 1853, D. P. 55. 2. 171).

§ **1125**. L'hypothèque judiciaire a tous les inconvénients des hypothèques générales[1], mais ce n'est pas le seul reproche qu'on lui adresse. On dit aussi : 1° que le jugement qui constate le droit d'un créancier ne doit pas être pour lui une cause de préférence contre d'autres qui avaient jusqu'alors un droit égal au sien ; 2° que l'hypothèque judiciaire est le prix de la course, car, entre créanciers chirographaires dont les créances arrivent à échéance en même temps, le premier payé sera celui qui aura le premier obtenu cette hypothèque ; 3° que celui-là même ne pourra pas justifier sa préférence par l'adage « *Jura vigilantibus succurrunt* », car ce n'est pas toujours le plus vigilant qui arrivera le premier : si deux créanciers ont formé leur demande ensemble, mais que leurs causes aient été distribuées à différentes chambres du même tribunal, celui-là aura le premier jugement dont l'affaire aura été attribuée à la chambre la moins chargée

§ **1125**. [1] On sait que, dans notre ancien droit, les actes notariés emportaient de plein droit hypothèque générale sur tous les biens présents et à venir du débiteur (Pothier, *De l'hypothèque*, n° 10 ; comp. *suprà*, § **1123**, note 1). La loi du 11 brumaire an VII établit, au contraire, le principe de la spécialité de l'hypothèque : 1° au point de vue de sa constitution, en disposant que toute convention d'hypothèque indiquerait à l'avenir la nature et la situation des immeubles hypothéqués, et comprendrait seulement les immeubles appartenant au débiteur lors de la convention ; 2° au point de vue de l'inscription, en exigeant que les bordereaux présentés par le créancier qui la requerrait contînssent « l'indication « de l'espèce et de la situation des biens sur lesquels il entend conserver son « hypothèque » (Art. 4 et 17-5°). Le projet de Code civil qui fut préparé en l'an VIII revenait à l'ancien système de l'hypothèque générale, mais le tribunal de cassation le combattit vivement, et défendit à quatre points de vue le principe de la spécialité : 1° il prémunit le débiteur contre la tentation d'épuiser son crédit en consentant sans nécessité des hypothèques trop étendues ; 2° il supprime les entraves que de pareilles hypothèques apporteraient à la circulation des biens ; 3° il procure la véritable publicité de l'hypothèque, qui n'est pleinement efficace que si chaque immeuble hypothéqué est frappé d'une inscription qui lui est propre ; 4° il évite le conflit, toujours difficile à régler, des créanciers d'un même débiteur inscrits sur tous ces biens (Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil* (Paris, 1836), t. II, p. 615 et suiv.). Le Code civil de 1804 a tenu compte de ces observations : 1° la convention d'hypothèque ou un acte postérieur également authentique doit déclarer spécialement, à peine de nullité, la nature et la situation de chacun des immeubles hypothéqués (Art. 2129 ; voy. cep. l'exception que l'article 2130 apporte à ce principe) ; 2° le bordereau d'inscription doit indiquer l'espèce et la situation de chacun de ces immeubles (Art. 2148-5°). Indiquer les avantages de l'hypothèque spéciale, c'est dire en même temps les inconvénients de l'hypothèque générale (Voy., sur ce point, Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, t. I, n° 1278). Je rappelle que l'hypothèque judiciaire frappe aujourd'hui tous les immeubles présents et à venir du débiteur, et qu'elle est, en ce sens encore, plus générale que sous la loi du 11 brumaire an VII, aux termes de laquelle elle ne portait que sur les biens présents (Voy. *suprà*, § **1123**, note 1 ; aj., sur la manière de l'inscrire, *infrà*, § **1188**).

d'affaires[2]. Cette critique de l'hypothèque attachée aux jugements de condamnation est peut-être exagérée, car cette hypothèque a l'avantage incontestable de développer le crédit chirographaire et de diminuer le nombre des hypothèques conventionnelles[3]; mais celle qui résulte des jugements rendus sur les demandes en reconnaissance ou en vérification d'écriture est plus difficile à défendre. N'avoir pas stipulé d'hypothèque conventionnelle, et agir immédiatement, à seule fin d'obtenir l'hypothèque judiciaire, en reconnaissance ou en vérification d'un billet dont l'écriture n'est aucunement contestée, c'est presque une déloyauté, car on se procure ainsi, malgré le débiteur, une garantie qu'il n'a point accordée et qu'il avait le droit de refuser[4]. Je dirai au § **1188**,

[2] Aubry et Rau, *op. cit.*, t. III, p. 250. Valette, *op. cit.* (Dans la *Revue de droit français et étranger*, t. XVI, 1849, p. 921 et suiv.). Challamel, *op. cit.*, p. 13 et suiv. J'ajoute que, les actes notariés n'emportant plus hypothèque depuis le décret du 9 messidor an III (Art. 7 et 8), l'hypothèque judiciaire, autrefois créée pour que les jugements n'eûssent pas moins de force que les actes notariés (Voy. *suprà*, § **1123**, note 1), n'a plus, historiquement parlant, de raison d'être. Aussi le projet de réforme hypothécaire de 1849 la supprimait-il (Voy., sur ce projet, Challamel, *op. cit.*, p. 198 et suiv.), et a-t-elle disparu en Belgique en 1851 (L. 16 déc. 1851, art. 43, *Pasinomie*, année 1851, p. 398, note 1; Laurent, *op. cit.*, t. XXX, n° 190), et la commission extraparlementaire du cadastre et de la réforme hypothécaire dont il a été parlé t. I, § **370**, note 1, en propose-t-elle de nouveau la suppression (Voy. le rapport de M. Challamel et la discussion de ce rapport devant la sous-commission juridique, dans les procès-verbaux de la commission, fascicule II, p. 205 et suiv., 681 et suiv., fascicule III, p. 65 et suiv.; et en sens contraire, les *Observations* de la chambre des avoués près le tribunal de la Seine (Paris, 1897), p. 1 et suiv.). Le projet de 1894 ne touche pas à l'hypothèque judiciaire résultant des jugements de condamnation qui appartient plutôt au droit civil, mais supprime celle qui résulte des jugements rendus sur une demande en reconnaissance ou en vérification d'écriture (P. 58).

[3] Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. IX, n° 86 *bis*-II.

[4] Valette, *op. et loc. cit.* Challamel, *op. cit.*, p. 81 et suiv. Cela est surtout sensible quand les parties, usant du droit écrit dans l'article 7 (Voy. t. I, § **403**), se présentent volontairement devant un juge de paix dont elles prorogent la juridiction, et obtiennent de lui un jugement qui déclare que la signature apposée à l'acte sous seing privé produit par le créancier émane réellement du débiteur. Il est évident : 1° que les parties éludent ainsi le ministère des notaires ; 2° qu'elles créent indirectement l'hypothèque générale conventionnelle que l'article 2129 du Code civil leur interdit. Toutefois, il n'est guère douteux qu'elles soient dans leur droit en procédant ainsi. 1° L'article 2123 du même Code fait résulter l'hypothèque judiciaire de tous les jugements rendus sur une demande en reconnaissance ou en vérification d'écriture. 2° La comparution volontaire en justice de paix produit les mêmes effets que la comparution sur citation (Voy. t. II, § **616**). 3° On verra au tome VII que les jugements passés d'accord ont autorité de chose jugée, et entraînent hypothèque judiciaire (Voy., en ce sens, Aubry et Rau, *op. cit.*, t. III, p. 257; Troplong, *op. cit.*, t. II, n° 448; civ. cass. 22 déc. 1806, D. A. *v° cit.*, n° 1175). Il ne faut pas confondre le cas où les parties saisissent le juge de paix comme juge, avec celui où elles se présentent devant lui

à propos de l'inscription de cette hypothèque, quelles restrictions le législateur a cru devoir y apporter.

§ **1126**. VI. On appelle autorité de la chose jugée[1] une présomption absolue de vérité[2], en vertu de laquelle les faits

en conciliation; le procès-verbal de conciliation n'emporte pas hypothèque judiciaire (Voy. *suprà*, § **1123**, note 8).

§ **1126**. [1] Je ne puis ni passer l'autorité de la chose jugée sous silence, ni traiter dans tous ses détails cette théorie importante. Je me contenterai d'en poser les principes essentiels, et de ramener à quelques règles générales les innombrables décisions de la jurisprudence à propos desquelles je reproduirai l'observation présentée *suprà*, § **1117**, note 1, en faisant toutefois exception pour les questions relatives à l'autorité des jugements d'avant dire droit (Voy. *infrà*, §§ **1135** et suiv.), qui appartiennent en propre à la procédure. Aj. aux autorités citées dans ce § et aux §§ suivants, Lacoste, *De la chose jugée en matière civile, criminelle, disciplinaire et administrative* (Paris, 1894), p. 1 et suiv.

[2] « La présomption légale est celle qui est attachée par une loi spéciale à cer« tains actes et à certains faits : telles sont..... 3° l'autorité de la chose jugée » (C. civ., art. 1350; voy. t. II, § **696**). Les présomptions absolues, ou *juris* et *de jure*, sont celles sur le fondement desquelles la loi « annule certains actes « ou dénie l'action en justice » (C. civ., art. 1352; voy. t. II, *ib.*). La présomption de vérité, en vertu de laquelle la chose jugée ne peut être remise en question, appartient évidemment à cette dernière catégorie (Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, n° 328 *bis*-I). Il faut en conclure non-seulement qu'aucun tribunal ne peut juger le contraire de ce qui a été décidé, mais encore que les parties ne peuvent se déférer le serment décisoire sur l'existence d'un droit lorsqu'il y a sur ce point chose jugée (Griolet, *op. cit.*, p. 173; req. 7 juill. 1829, D. A. v° *Chose jugée*, n° 307), et qu'un jugement ne peut être attaqué pour cause de dol que par la voie et dans les délais de la requête civile (Griolet, *op. et loc. cit.*; voy., sur la requête civile, le tome VI). L'autorité de la chose jugée n'empêche cependant pas le débiteur absous judiciairement de rester tenu d'une obligation naturelle qu'il peut volontairement payer, nover, et fortifier par un cautionnement ou par une constitution d'hypothèque : du moment que l'autorité de la chose jugée n'est pas un principe d'ordre public et qu'on peut renoncer à s'en prévaloir (Voy. *infrà*, même §), il est permis de payer une somme qu'on a été déclaré ne pas devoir, de remplacer cette obligation par une autre, de constituer une hypothèque au profit du créancier dont on se reconnaît débiteur, ou de lui présenter une caution qui contractera envers lui un engagement volontaire. Tout ce qu'il faut, c'est que le débiteur absous ne soit pas forcé à payer malgré lui, et, si les obligations naturelles pouvaient, comme en droit romain, être opposées en compensation, ce serait une objection très forte contre l'obligation naturelle qui survit, d'après moi, à la chose jugée ; mais le Code civil n'admet la compensation qu'entre les dettes exigibles (C. civ., art. 1291), et tous les auteurs en concluent qu'elle ne peut exister entre deux dettes dont l'une serait purement naturelle (Voy. : 1° sur l'obligation naturelle qui survit au jugement rendu en faveur du débiteur, Pothier, *op. cit.*, n° 196, Bigot de Préameneu, *Exposé des motifs du titre* Des obligations (dans Locré, *op. cit.*, t. XII, p. 364), Demolombe, *op. cit.*, t. XXVII, n° 39, Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 7, t. VIII, p. 401, Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, n° 174 *bis*-IV, Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1351, n° 150; 2° sur la question de savoir si cette obligation existait en droit romain, Machelard, *Des obligations naturelles en droit romain* (Paris, 1861), p. 534 et suiv.; 3° sur la faculté, dans le droit romain, d'opposer les dettes naturelles en compensation, Dig., L. 6, *De comp.*, XVI, II; 4° sur le principe contraire qui a prévalu dans

constatés et les droits reconnus par un jugement ne peuvent être contestés de nouveau ni devant le tribunal qui a rendu ce jugement, ni même devant une autre juridiction : « *res judi-* « *cata pro veritate habetur* »[3]. Veut-on rétracter purement et

le droit français, Bigot de Préameneu, *op. cit.* (dans Locré, *op. cit.*, t. XII, p. 365), Toullier, *op. cit.*, t. VI, n° 389, Duranton, *op. cit.*, t. XII, n°s 405 et 406, Demolombe, *op. cit.*, t. XXVII, n° 543, Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 228, Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, n°s 174 *bis*-II et 242 *bis*-X, Albert Desjardins, *De la compensation et des demandes reconventionnelles*, n° CXX).

[3] Dig., L. 207, *De reg. jur.* (L, XVII). On sait combien l'application de cette règle était étroitement liée, à l'époque classique du droit romain, avec le principe « *Bis de eâdem re agi non potest* » (Voy., t. II, § **663**, note 1). Le demandeur qui intentait à nouveau l'action qu'il avait déjà exercée sans succès était repoussé *ipso jure*, si le *judicium* était *legitimum*, *in personam* et *in jus*; au moyen d'une exception *rei in judicium deductæ* ou *rei judicatæ*, s'il était *imperio continens*, *in rem* ou *in factum*. Le défendeur, absous parce que le droit du demandeur n'existait pas ou n'était pas prouvé, avait le choix entre deux moyens de défense : si le *judicium* était *legitimum*, *in personam* et *in jus*, il invoquait, comme moyen de défense *ipso jure*, la règle « *Bis de eâdem re agi* « *non potest* » ou celle « *Res judicata pro veritate habetur* » ; si le *judicium* était *imperio continens*, *in rem* ou *in factum*, il avait l'exception *rei in judicium deductæ* ou *rei judicatæ*. Lors, au contraire, que le défendeur était absous par suite d'une plus-pétition, de la péremption d'instance ou d'une exception dilatoire, il n'en résultait pas que le demandeur fût sans droit, et le défendeur ne pouvait opposer à de nouvelles poursuites que la règle « *Bis de eâdem re* « *non agitur* » ou l'exception *rei in judicium deductæ* (Gaius, *Comm.* III, § 181, *Comm.* IV, §§ 106, 107, 122 et 123; aj. *suprà*, § **1121**, note 2). L'exception *rei judicatæ* avait donc une première fonction qu'on appelle négative, qu'elle partageait avec l'exception *rei in judicium deductæ*, et qui consistait à repousser une action déjà déduite en justice. Elle en avait une seconde qui lui était propre, qu'on nomme positive, et qui consistait à opposer l'autorité de la sentence à quiconque voulait, dans des conditions déterminées, remettre en question ce qui avait été jugé : cette fonction positive apparaissait toutes les fois que la nouvelle action, bien que donnant à juger le même point de droit, était distincte de la première. Spécialement, en matière réelle, le demandeur jugé propriétaire, remis en possession, puis actionné par son ancien adversaire devenu demandeur à son tour, n'aurait pas été suffisamment protégé par la fonction négative de l'exception *rei judicatæ*, car la revendication consommée par la première instance était celle du demandeur d'alors devenu défendeur, et non pas celle de l'ancien défendeur aujourd'hui demandeur; mais la fonction positive intervenait, et s'opposait à ce qu'une partie revendiquât un objet dont elle avait été déclarée n'être pas propriétaire (Dig., LL. 40, § 2, *De procur.*, III, III; 1, 3, 15 et 30, § 1, *De exc. rei jud.*, XLIV, II). Dans le droit de Justinien, les deux fonctions de l'exception *rei judicatæ* se confondirent : la règle « *Bis de eâdem re non agitur* » et les *judicia legitima* ayant disparu, il ne fut plus question d'exception *rei in judicium deductæ;* l'action qui n'avait pas abouti par suite de plus-pétition, de péremption ou d'exception dilatoire, put se reproduire, et le défendeur en butte à une prétention déjà condamnée n'y put opposer que l'exception *rei judicatæ*, qui empêchait de remettre en question contre lui un point de droit déjà jugé en sa faveur (Inst. Just., liv. IV, tit. XIII, § 5). L'honneur d'avoir mis cette théorie en pleine lumière revient à Keller (*Ueber Litiscontestation und Urtheil* (Zurich, 1827), p. 197 et suiv.; aj. de Savigny, *Traité de droit romain*, t. VI, p. 267 et suiv., Accarias, *op. cit.*, t. II, n°s 913 et suiv., Bonnier, *Des preuves*, n° 866, Griolet, *op. cit.*, p. 10 et suiv., 22 et suiv.). De tout cela il ne reste plus que le souvenir, aujourd'hui que le demandeur ne consomme pas son

simplement le jugement qu'on a rendu, le principe du dessaisissement suffirait à l'empêcher[4]; veut-on remettre la chose jugée en question, c'est l'article 1351 du Code civil qui s'y oppose. Ce n'est pas une règle d'ordre public[5], car il n'est pas admis en jurisprudence que la fin de non-recevoir qui en résulte puisse être opposée d'office par le juge[6] : elle est

droit en le déduisant en justice, et peut agir autant de fois qu'il en a besoin (Voy. t. II, § **663**), mais on appelle encore exception de chose jugée le moyen à l'aide duquel le défendeur repousse le demandeur qui tenterait de remettre en question ce qui a été décidé contre lui : cette dénomination est impropre, le moyen tiré de la chose jugée n'étant pas une exception mais une défense au fond (Bonnier, *op. et loc. cit.;* voy., sur cet emploi du mot *exception*, t. I, § **377**, note 3; et, sur l'histoire de cette exception, Esmein, *La chose jugée dans le droit de l'Empire franc*, dans la *Nouvelle Revue historique*, 1887, p. 545 et suiv.). On verra, d'ailleurs, au § **466** que le moyen tiré de l'autorité de la chose jugée peut être invoqué par le demandeur, et il est clair que, dans cette hypothèse, le nom d'exception ne peut aucunement lui convenir.

[4] Ainsi entendue, l'autorité de la chose jugée a la même étendue que le principe même du dessaisissement : elle cesse donc de s'appliquer dans les cas exceptionnels où l'on a vu que le tribunal a le droit de revenir sur sa décision (Voy. *suprà*, § **1120**).

[5] L'autorité de la chose jugée repose, comme on va le voir, sur des motifs d'un intérêt général et supérieur, mais dont l'application à chaque espèce constitue un bénéfice personnel et pécuniaire pour la partie qui a le droit de s'en prévaloir; en d'autres termes, l'article 1351 du Code civil la protège contre toute prétention de remettre en question ce qui a été jugé en sa faveur; mais elle a le droit de renoncer à cette protection, si elle se fait fort d'obtenir dans la seconde instance le même succès qu'elle a remporté dans une instance antérieure, ou si elle ne croit pas que la nouvelle demande soit la reproduction pure et simple de l'ancienne (Merlin, *op. cit.*, v° *Chose jugée*, § XX; Toullier, *op. cit.*, t. X, n° 74; Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 378; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 403; Laurent, *op. cit.*, t. XX, n° 155; Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1351, n° 151; Griolet, *op. cit.*, p. 5).

[6] Orléans, 23 juill. 1841 (D. A. v° *Chose jugée*, n° 9). Civ. cass. 26 août 1861 (D. P. 61. 1. 427). Req. 28 mai 1866 (D. P. 67. 1. 68). Req. 30 juin 1873 (D. P. 74. 1. 267). Cons. d'Ét. 22 mars 1889 (D. P. 90. 3. 68). Voy., dans le même sens, Merlin, *op.*, *v° et loc. cit.*, Toullier, *op. et loc. cit.*, Demolombe, *op. et loc. cit.*, Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*, Laurent, *op. et loc. cit.*, Larombière, *op. et loc. cit.*, Griolet, *op. et loc. cit.;* et, en sens contraire, Rennes, 21 janv. 1813 (D. A. *v° cit.*, n° 20), req. 7 juill. 1829 (D. A. *v° cit.*, n° 9), Bordeaux, 2 juill. 1890 (D. P. 92. 2. 440, S. 91. 2. 9), Paris, 25 oct. 1893 (D. P. 94. 2. 524). Comp. civ. cass. 9 mai 1894 (D. P. 94. 1. 476). Ce n'est pas le seul exemple d'un moyen fondé sur des considérations d'intérêt général, mais se résolvant en un bénéfice pécuniaire, et que le juge ne peut, par cette raison, suppléer d'office dans l'intérêt d'une partie : il en est de même de la prescription (C. civ., art. 2223). D'autre part, cette question n'est pas absolument liée à celle de savoir si les juges d'appel peuvent opposer d'office à l'appelant les fins de non-recevoir qui résultent de ce que l'appel est tardif, ou le jugement dont est appel en dernier ressort : il n'est pas sûr que ces fins de non-recevoir puissent être opposées d'office (Voy., sur ce point, le tome VI), et, quand même elles le pourraient, cela ne tirerait pas à conséquence au point de vue du moyen tiré de l'autorité de la chose jugée. Comme le fait remarquer Demolombe, il y a cette différence entre les deux situations, qu'il s'agit seulement dans l'une d'une vérification matérielle — la demande était-elle de plus ou de moins de 1.500 francs? le délai d'appel était-

cependant d'intérêt général, car, s'il importe à la partie qui a gagné son procès qu'un moment vienne où le bénéfice du jugement ne pourra plus lui être enlevé [7], il faut aussi, à un point de vue plus élevé, que les procès aient une fin et que la chose, bien ou mal jugée, ne puisse pas être indéfiniment débattue [8].

il expiré ou non, quand l'acte d'appel a été signifié? — au lieu que le second cas présente à juger des questions de fait et de droit souvent compliquées et délicates : la seconde demande réunit-elle toutes les conditions prescrites par l'article 1351 pour qu'on puisse la considérer comme identique à la première (*Op. et loc. cit.*)? Il y a beaucoup de vrai dans cette observation : on ne niera cependant pas que la détermination du ressort présente autant de difficulté que l'application de l'article 1351. Enfin, il est un cas où le juge a le droit et le devoir d'appliquer cette disposition d'office : c'est le cas où la demande est de telle nature que tous les moyens de défense doivent être, au besoin, suppléés d'office. La cour de Rennes l'a ainsi décidé, le 23 mars 1874, à propos d'une demande en séparation de biens : toute séparation de biens volontaire étant interdite (C. civ., art. 1443), le tribunal saisi d'une demande qui tend à la faire prononcer peut certainement rejeter cette demande, si un jugement antérieur l'a déjà repoussée et que, depuis ce temps, les circonstances n'aient pas changé (D. P. 75. 2. 213; j'expliquerai plus loin le sens de cette dernière restriction, en précisant dans quelle mesure les jugements qui rejettent une demande de cette nature peuvent avoir l'autorité de la chose jugée; voy. aussi, sur les demandes et sur l'autorité des jugements rendus en matière de séparation de biens, le tome VII). Les principes qui viennent d'être posés empêchent également d'opposer pour la première fois devant la cour de cassation le moyen tiré de la chose jugée (Voy. le tome VI), mais il est permis de la faire valoir en tout état de cause devant le tribunal de première instance (Voy., sur la règle que les défenses au fond peuvent être opposées en tout état de cause, t. I, § **381**), et pour la première fois devant la cour d'appel (Voy. le tome VI), à moins, bien entendu, qu'il ne résulte d'une déclaration formelle ou des circonstances du fait que la partie intéressée a renoncé à s'en servir (Voy., sur cette renonciation, les arrêts rapportés par MM. Dalloz et Vergé, *Code civil annoté*, art. 1351, nos 1115 et suiv.).

[7] C'est même une conséquence du contrat judiciaire, qui oblige les parties à subir la décision du juge sur le litige qu'elles se sont accordées à lui soumettre. De là cette proposition de l'article 2052 du Code civil : « Les transactions ont « entre les parties l'autorité de la chose jugée en dernier ressort », qu'on pourrait retourner en disant : « La chose jugée en dernier ressort a, entre les parties, « l'autorité des transactions » (Voy., sur ce point, Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, no 282; sur le contrat judiciaire, t. II, § **662**; et, sur l'article 2052 du Code civil, Accarias, *Étude sur la transaction*, n° 149). On verra aux §§ **466** et suivants que les conditions de l'autorité de la chose jugée peuvent s'expliquer ainsi, et au même § s'il est vrai que cette autorité n'appartienne qu'aux jugements en dernier ressort.

[8] « *Singulis controversiis singulas actiones unumque judicati finem sufficere* « *probabili ratione placuit, ne aliter modus litium multiplicatus summam* « *atque inexplicabilem faciat difficultatem, maxime si diversa pronuncia-* « *rentur* » (Dig., L. 6, *De exc. rei jud.*, XLIV, II). « *Quum prætor, cognitâ* « *causâ, per errorem vel etiam ambitiose juberet hereditatem ut ex fideicom-* « *misso restitui, etiam publice interest restitui propter rerum judicatarum* « *auctoritatem* » (Dig., L. 65, § 2, *Ad SC. Trebell.*, XXXVI, I). Voy., sur les motifs de l'autorité de la chose jugée, Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 279; Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, no 328 *bis*-II; Laurent, *op. cit.*, t. XX, no 1;

Il n'y a d'exception à l'autorité de la chose jugée que dans les cas où le jugement lui-même est attaquable par l'une des voies de recours établies par la loi[9], et c'est en ce sens qu'on distingue l'autorité de la chose jugée et la force de chose jugée[10]. Un jugement a autorité de chose jugée dès qu'il est rendu et alors même qu'il n'est pas définitif ; il n'a force de chose jugée que s'il est définitif et, par conséquent, inattaquable ; a-t-il seulement autorité de chose jugée, il est tenu pour vrai jusqu'à ce qu'il soit rétracté ou réformé ; a-t-il force de chose jugée, on ne peut plus le rétracter ni le réformer[11]. On verra cependant que, dans le langage de la loi, un jugement a force de chose jugée dès qu'il n'est plus attaquable par une voie de recours dite ordinaire, les voies de recours qu'on appelle extraordinaires fûssent-elles encore ouvertes contre lui[12].

et de Savigny qui explique très bien que cette autorité protège surtout les bons jugements, et que, si elle met les mauvais à l'abri de nouvelles contestations, c'est par l'impossibilité où l'on est de les distinguer des autres alors que les voies de recours sont épuisées (*Op. cit.*, t. VI, p. 268).

[9] Voy., sur ces voies de recours, les tomes V et VI.

[10] Le droit romain n'a jamais appelé *res judicata* qu'un jugement tenu pour vrai tant qu'il n'est ni rétracté ni réformé : c'est le droit canon qui a pris ce mot dans une nouvelle acception, celle de jugement qui ne peut plus être rétracté ni réformé (Décrétales de Grégoire IX, liv. II, tit. XXVIII, ch. 13 ; dans Richter, *op. cit.*, t. II, p. 384).

[11] Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 288. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 399. Laurent, *op. cit.*, t. XX, n°s 17 et suiv. Griolet, *op. cit.*, p. 90 et suiv. Voy., sur l'autorité de la chose jugée qui résulte : 1° des jugements encore susceptibles de recours, civ. cass. 7 juill. 1890 (D. P. 90. 1. 301 ; S. 91. 1. 25), Rennes, 31 déc. 1890 (D. P. 92. 2. 41) ; 2° des jugements déjà frappés de recours extraordinaires et, par conséquent, non suspensifs, Nancy, 24 févr. 1892 (D. P. 92. 2. 293 ; aj., sur cette règle des voies de recours extraordinaires, les tomes V et VI). Il faut seulement, pour qu'un jugement ait autorité de chose jugée quant au fond, que l'appel interjeté contre le jugement antérieur par lequel le tribunal s'est déclaré compétent ait été jugé (Civ. rej. 13 juill. 1892, D. P. 92. 1. 559, Paris, 6 mars 1895, D. P. 95. 2. 334 ; comp. Besançon, 6 févr. 1895, D. P. 95. 2. 534). On retrouvera cette distinction de l'autorité de chose jugée et de la force de chose jugée au tome VIII de ce Traité, à propos de l'exécution des jugements étrangers.

[12] Bonnier fait très justement remarquer (*Op. cit.*, n° 861) que cette distinction est sans influence sur l'autorité de la chose jugée. Veut-on parler d'une autorité provisoire subordonnée à la rétractation ou à la réformation possible, elle appartient également aux jugements susceptibles d'une voie de recours ordinaire, et à ceux qui ne peuvent plus être attaqués que par des voies extraordinaires. S'agit-il d'une autorité définitive qui soit à l'abri de toute chance de rétractation ou de réformation, elle ne peut appartenir qu'à des jugements absolument définitifs, c'est-à-dire qu'aucun recours ordinaire ou extraordinaire ne peut atteindre. J'ajoute cependant qu'il y a un cas où l'autorité définitive des jugements est indépendante du recours qui peut être exercé contre eux : je veux parler du pourvoi dans l'intérêt de la loi, qui, lors même qu'il est admis et le

D'ailleurs, c'est un principe constant que l'autorité de la chose jugée s'attache uniquement au dispositif [13], et qu'à moins de faire corps avec lui [14], les motifs des jugements ne représentent que l'opinion du juge, et ne peuvent être remis en question dans une autre instance, quand même le jugement qui les renferme aurait acquis force de chose jugée [15].

jugement cassé, laisse subsister ce jugement dans les rapports des parties entre elles (Voy. t. I, § **200**, et le tome VI).

[13] On appelle dispositif, *lato sensu*, par opposition aux motifs, toute la partie du jugement qui contient la décision du juge (Voy. *supra*, § **1073**); mais, *stricto sensu* et spécialement pour déterminer l'étendue de l'autorité de la chose jugée, on n'appelle dispositif que la décision même du juge sur les points débattus entre les parties, à l'exclusion : 1° de ce qui s'y trouve simplement énoncé ; 2° de ce qui est jugé sans que les parties y aient préalablement conclu (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 370 et 371). Une double série de conséquences résulte de ce principe. A. L'autorité de la chose jugée s'étend non-seulement à ce qui est jugé d'une manière principale et explicite, mais encore : 1° à ce qui n'est jugé qu'incidemment ou préjudiciellement : ainsi le jugement rendu sur une pétition d'hérédité, que le défendeur a combattue en contestant l'état du demandeur, a autorité de chose jugée sur la question d'état comme sur celle de succession (Duranton, *op. cit.*, t. XIII, n° 483 ; Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 293; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 371 ; Laurent, *op. cit.*, t. XX, n° 33; Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1351, n° 31 ; Griolet, *op. cit.*, p. 105; civ. cass. 31 déc. 1834, D. A. v° *Paternité et filiation*, n° 145 ; req. 19 mai 1873, D. P. 74. 1. 23); 2° à ce qui résulte implicitement du dispositif : ainsi le jugement qui valide les poursuites exercées en vertu d'un titre a autorité de la chose jugée quant à la validité et à l'efficacité de ce titre; celui qui déclare une partie propriétaire du terrain litigieux lui attribue virtuellement la propriété du tréfonds par application de l'article 552 du Code civil ; celui qui déclare qu'une partie est l'enfant légitime du *de cujus* lui attribue, par cela seul, la partie de succession qui lui revient à ce titre (Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 294; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 371 et 400 ; Laurent, *op. cit.*, t. XX, n°s 34 et suiv.; Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1351, n°s 27 et 85 ; Dalloz et Vergé, *op. cit.*, art. 1351, n°s 302 et suiv., 980 et suiv.; req. 23 juill. 1872, D. P. 73. 1. 227; req. 20 août 1872, D. P. 73. 1. 481). B. L'autorité de la chose jugée ne s'étend pas : 1° aux parties purement énonciatives du dispositif; ainsi le jugement qui accorde des aliments au demandeur, à raison de sa parenté avec le défendeur, n'a pas autorité de chose jugée quant à la question d'état, si celle-ci n'a pas fait l'objet de conclusions principales ou préjudicielles (Dig., L. 5, § 9, *De adgn. vel al. lib.*, XXV, III; Toullier, *op. cit.*, t. X, n°s 228 et 229; Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 292; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 370; Laurent, *op. cit.*, t. XX, n° 32; Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1351, n° 29; req. 25 août 1829, trib. de Bourbon-Vendée, 21 juill. 1830, D. A. v° *Chose jugée*, n° 24 ; civ. cass. 2 juill. 1833, D. A. v° *Domaines engagés*, n° 30 ; cons. d'Ét. 15 mars 1838, D. A. v° *Marché de fournitures*, n° 57 ; req. 10 nov. 1840, D. A. v° *Chose jugée*, n° 22 ; civ. cass. 14 janv. 1852, D. P. 52. 1. 29); 2° à ce qui est décidé formellement, mais sans qu'un débat préalable ou un échange de conclusions ait formé, sur ce point, le contrat judiciaire entre les parties (Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n°s 283 et 295; Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*; Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1351, n° 30; Dalloz et Vergé, *op. cit.*, art. 1351, n°s 973 et suiv.).

[14] Voy., sur le développement de cette idée, la note suivante.

[15] C'est la fameuse distinction des motifs subjectifs, simples mobiles de la détermination du juge, et des motifs objectifs qui sont l'âme et comme le nerf du jugement, « *anima et quasi nervus sententiæ* » (Bœhmer, *Jus ecclesiasticum*

Ainsi, qu'un tribunal vous condamne à 500 francs de dom-

protestantium, liv. II, tit. XXVII, § 14 (Éd. Halle, 1756, t. I, p. 1397); de Savigny, *op. cit.*, t. VI, p. 360 et suiv.). Dégagée de toute abstraction et ramenée à des conclusions pratiques, cette théorie n'est pas contestable; car, s'il est certain que l'autorité de la chose jugée ne s'attache qu'à la décision du juge, et non point aux opinions par lui émises sur telle question de droit ou sur tel point de fait accidentel ou accessoire, il est également certain qu'on arriverait à des conséquences absurdes et à la négation même de l'autorité de la chose jugée, en refusant cette autorité d'une manière absolue à tous les motifs d'une décision judiciaire. Un jugement porte : « Le tribunal, attendu que Primus est débiteur « de Secundus et que la créance par lui alléguée en compensation contre Se- « cundus est éteinte, le condamne à payer à Secundus la somme de..... ». Le dispositif aura-t-il seul autorité de chose jugée, et Primus pourra-t-il intenter lui-même une nouvelle demande en paiement de sa prétendue créance, sous prétexte que le premier jugement ne l'a déclarée éteinte que dans ses motifs? De même, si le tribunal a jugé en ces termes : « Attendu que Primus est propriétaire du « fonds A, le renvoie de la demande en revendication que Secundus a formée « contre lui », Secundus pourra-t-il revendiquer encore en alléguant que le tribunal n'a pas jugé que Primus fût propriétaire, et s'est borné à le dire dans les motifs de son jugement? Assurément non, car la décision rendue sur la créance opposée en compensation, ou sur la propriété de l'immeuble litigieux, aurait l'autorité de la chose jugée si le jugement s'exprimait ainsi : « Le tri- « bunal dit que la créance opposée par Primus en compensation est éteinte, et, « en conséquence, le condamne », ou « Le tribunal dit que Primus est propri- « taire du fonds A, et, en conséquence, le renvoie de la demande ». Or il n'est pas admissible que la même résolution ait ou n'ait pas l'autorité de la chose jugée, selon qu'elle est dans le dispositif ou dans les motifs du jugement, et il faut, par conséquent, reconnaître que certains motifs sont les éléments de la sentence, qu'ils s'y réfèrent, qu'ils se confondent avec lui, qu'ils en sont la base essentielle, qu'ils sont confirmés ou sanctionnés par lui, qu'il ne peut se soutenir sans eux, qu'ils expriment une opinion dont il prononce l'admission ou le rejet — toutes ces formules ont été proposées par les auteurs — ou, mieux encore, que certaines parties du jugement, qui se trouvent à la place ordinairement réservée aux motifs, constituent la décision même du juge et participent, en conséquence, à l'autorité de la chose jugée (Voy., sur ce point, Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, nos 290 et 291; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 369; Laurent, *op. cit.*, t. XX, n° 29; Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1351, n° 18; Bonnier, *op. cit.*, n° 863; Griolet, *op. cit.*, p. 113 et suiv.; Cardot, *Du principe que l'autorité de la chose jugée résulte non des motifs mais du dispositif des jugements et arrêts*, dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. XXXII, 1863, p. 452; Lespinasse, *La chose jugée*, *ib.*, nouv. sér., t. V, 1876, p. 417 et suiv.). L'application peut être délicate, mais le principe ne saurait être contesté, et la jurisprudence l'a plusieurs fois reconnu (Voy. les arrêts cités à la note suivante). Il n'admet qu'une exception : si le tribunal était sorti de sa mission pour constater des faits indifférents au point de vue de la solution du litige, et dont il ne lui appartenait pas d'affirmer ou de nier l'existence, ce motif ne pourrait avoir, en aucun cas, l'autorité de la chose jugée : je reviendrai sur ce point au § **1150**, à propos de l'influence de la chose jugée au criminel sur le civil. En tout cas, il est certain que les motifs peuvent et doivent être pris en considération pour déterminer et compléter, au besoin, le sens du dispositif (Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 290; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 370; Laurent, *op. cit.*, t. XX, n° 30; Bonnier, *op. et loc. cit.*; Griolet, *op. cit.*, p. 123; Dalloz et Vergé, *Code civil annoté*, art. 1351, nos 284 et suiv.). D'ailleurs, la règle que les motifs des jugements ne participent généralement pas à l'autorité de la chose jugée entraîne encore deux conséquences : 1° la chose jugée résulte même du dispositif qui ne serait pas spécialement motivé (Req. 16 févr. 1876; D. P. 76. 1. 455); 2° un jugement ne peut être attaqué que

mages-intérêts pour avoir tué par imprudence le cheval de Primus, vous ne pourrez pas, sans attaquer ce jugement par les voies légales, contester que ce cheval soit mort et que votre imprudence en soit cause [16]. Mais, si un tribunal vous condamne à restituer l'immeuble revendiqué contre vous, attendu que vous ne produisez aucun titre de propriété, et que, si vous aviez une possession utile, vous n'eûssiez pas manqué d'invoquer la prescription, vous serez admis à prouver dans une autre instance la fausseté de ce dernier motif qui n'est qu'une opinion, et à plaider que vous avez de cet immeuble une possession suffisante pour en prescrire la propriété [17].

§ **1127**. Trois conditions sont requises pour que les jugements aient l'autorité de la chose jugée [1]. « L'autorité de la

pour excès de pouvoir, et dans le seul intérêt de la loi, par le procureur général près la cour de cassation, à raison d'allégations contenues dans ses motifs et qu'une partie prétendrait lui être préjudiciables (Voy. le tome VI).

[16] Rennes, 26 févr. 1816 (D. A. *v° cit.*, n° 215). Rouen, 10 mai 1821 (D. A. *v° cit.*, n° 87). Req. 19 mars 1872 (D. P. 73. 1. 67). Rouen, 21 févr. 1881 (D. P. 82. 2. 145). Besançon, 1er févr. 1893 (D. P. 93. 2. 590). Douai, 11 avr. 1893 (S. 96. 2. 148). Req. 23 oct. 1894 (S. 95. 1. 86).

[17] Dalloz et Vergé, *op. cit.*, art. 1351, nos 250 et suiv. Douai, 28 avr. 1874 (D. P. 75. 2. 49). Req. 7 juill. 1874 (D. P. 76. 1. 430). Req. 15 nov. 1875 (D. P. 76. 5. 97). Grenoble, 22 juill. 1880 (D. P. 81. 2. 177). Req. 11 juill. 1881 (D. P. 83. 1. 37). Civ. rej. 10 févr. 1891 (S. 91. 1. 248). Civ. rej. 8 juill. 1891 (S. 93. 1. 313; voy. *ib.* la note de M. Bourcart).

§ **1127**. [1] Il faut encore : 1° que la décision à laquelle on prétend attribuer l'autorité de la chose jugée soit antérieure à celle qui l'aurait soi-disant contredite (Req. 26 mai 1875, D. P. 77. 1. 248); 2° que le point sur lequel on dit qu'il y a chose jugée ait réellement été soumis à l'appréciation de la justice (Agen, 18 déc. 1889, D. P. 91. 2. 48; Douai, 17 mai 1890, D. P. 91. 2. 93); 3° que le jugement d'où l'on veut faire résulter la chose jugée ne frappe pas dans le vide, comme l'a dit la cour de Rouen dans une espèce où, un premier jugement ayant donné mainlevée d'une saisie-arrêt, ordonné le séquestre des valeurs saisies-arrêtées, et réservé la question de la propriété de ces valeurs, un second jugement avait validé cette même saisie : il frappait dans le vide, a dit la cour, et ne faisait, par conséquent, pas obstacle à ce qu'un troisième jugement vînt ensuite statuer sur la propriété desdites valeurs (18 mars 1892; D. P. 94. 2. 169); 4° que la décision invoquée comme ayant l'autorité de la chose jugée n'ait pas tranché hypothétiquement, mais d'une manière positive, les questions soumises au tribunal (Civ. cass. 14 juin 1895; D. P. 95. 1. 459), 5° qu'il ne se soit pas passé, depuis le premier jugement, des faits nouveaux autorisant à rendre une décision nouvelle et différente (Req. 23 juill. 1889, D. P. 90. 1. 430; req. 23 mai 1892, D. P. 92. 1. 375, S. 93. 1. 76; civ. rej. 20 févr. 1895, D. P. 95. 1. 473, voy. *ib.* la note de M. Planiol); 6° que la décision antérieure, d'où l'on prétend que la chose jugée résulte, soit produite devant le tribunal saisi du second procès, ou, tout au moins, que la partie qui formule cette prétention indique le sens et les éléments essentiels de ce jugement (Civ. cass. 16 déc. 1891, D. P. 92. 1. 67, S. 95. 1. 387; civ. cass. 16 nov. 1892, D. P. 93. 1. 103, S. 93. 1. 117; req. 30 janv. 1893, D. P. 93. 1. 224).

« chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui fait l'objet du « jugement : il faut que la chose demandée soit la même ; que « la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande « soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre « elles en la même qualité [2] ».

§ **1128**. *a*. La première condition, c'est l'identité des parties qu'il ne faut pas confondre avec l'identité des personnes : les parties seront identiques et les personnes différentes, lorsqu'on aura figuré personnellement dans la première instance et par un représentant dans la seconde, ou *vice versâ ;* les parties seront différentes et les personnes identiques, lorsqu'on aura figuré personnellement dans la première instance et représenté autrui dans la seconde, ou

[2] C'est ce qu'on est convenu d'appeler « les trois identités » (Voy., sur l'origine de cette théorie dans le droit romain, Savigny, *op. cit.*, t. VI, p. 403 et suiv.; Bonnier, *op. cit.*, nos 865 et 866; Griolet, *op. cit.*, p. 10 et suiv.). Le droit romain montre aussi très bien que l'identité d'objet et l'identité de cause peuvent se résumer dans une seule idée : la seconde instance reproduit la première si l'on débat devant le second juge ce qu'on a discuté devant le premier, de telle sorte que les deux jugements risquent de se trouver en contradiction : « *generaliter, ut Julianus definit, exceptio rei judicatæ obstat quotiens inter easdem personas eadem quæstio revocatur, vel alio genere judicii* » (Dig., L. 7, § 4, *De exc. rei jud.*, XLIV, II), et le jurisconsulte en donne pour exemple une personne qui voudrait intenter successivement pour le même objet la revendication et la pétition d'hérédité. Cet exemple n'a pas d'application dans le droit français, où il n'existe pas un nombre limité d'actions portant des noms déterminés (Voy. t. I, § **293**), mais la règle posée par le jurisconsulte n'a pas cessé d'être exacte, et les §§ **1129** et **1130** en fourniront plusieurs applications (Voët, *Commentarii ad Pandectas*, liv. XLIV, tit. II, n° 3 (Éd. Vienne, 1778, t. II, p. 721); Laurent, *op. cit.*, t. XX, n° 40; Boissonade et Bonnier, *Autorité de la chose jugée, observations sur l'identité de cause et d'objet* (dans la *Revue de législation française et étrangère*, 1873, p. 643 et suiv., 1874, p. 240 et suiv.). Il va sans dire qu'il n'y a jamais chose jugée sur les questions de droit considérées abstraitement, et isolées des espèces sur lesquelles les jugements interviennent : quelle que soit l'autorité morale des solutions juridiques, surtout lorsqu'elles forment jurisprudence. — « *In ambiguitatibus quæ ex legibus proficiscuntur consuetudinem aut rerum perpetuo similiter judicatarum vim legis obtinere* » (Dig., L. 38, *De leg.*, I, III) — il est toujours permis à un tribunal de résoudre un point de droit contrairement à l'opinion précédemment émise, soit par un ou plusieurs autres, soit par lui-même. Qu'on ne s'étonne pas de le voir se contredire, car il est toujours temps de reconnaître une erreur, et, d'ailleurs, les changements qui peuvent survenir dans la composition des tribunaux expliquent facilement les revirements de leur jurisprudence. Ils peuvent même, au risque de voir leurs jugements cassés, s'écarter de celle de la cour de cassation, et cela est tellement vrai qu'après deux cassations successives prononcées dans la même affaire et par les mêmes motifs, le tribunal auquel l'affaire est renvoyée pour la seconde fois n'est tenu que dans l'espèce de se conformer à l'opinion de la cour de cassation, et conserve pour toute autre affaire, même identique, l'absolue liberté de son jugement (Voy. t. I, § **93**).

vice versâ[1]. 1° Primus plaide sans succès en revendication, puis

§ **1128.** [1] « *Res inter alios judicata aliis neque prodesse neque nocere po-* « *test* » (Dig., L. 16, *Qui pot. in pign.*, XX, IV. 63, *De re jud.*, XLII, I; Code, L. 2, *Quib. res jud. non noc.*, VII, LVI). Si l'autorité de la chose jugée résulte en partie du contrat judiciaire, la règle qu'elle ne profite ni ne nuit aux tiers n'est que l'application de l'article 1165 du Code civil : « Les conven- « tions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point « au tiers, et ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 » (Pothier, *Des obligations*, nos 99 et suiv.; Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, nos 282 et 344; Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, no 328 *bis*-XIV). La loi du 5 juillet 1844, sur les brevets d'invention, déroge en partie à ce principe, en autorisant le ministère public à faire prononcer par voie d'intervention, ou même par action principale, la nullité absolue de ces brevets (Art. 7). « On a cru devoir faire une dérogation « au principe en faveur de la liberté de l'industrie qu'on venait de restreindre par « l'institution des brevets; on a voulu que les brevets qui n'auraient pas été léga- « lement pris ou légalement conservés pûssent être en quelque sorte supprimés, « sans que tout intéressé fût obligé d'en poursuivre la nullité ou la déchéance » (Griolet, *op. cit.*, p. 139). On remarquera, toutefois : 1° que, si toute personne peut se prévaloir des nullités et déchéances ainsi prononcées, les jugements qui les prononcent ne sont opposables qu'aux ayants-droit au brevet qui ont été préalablement mis en cause (L. 5 juill. 1844, art. 38); 2° que les jugements qui déclarent un brevet valable restent soumis au droit commun, la loi n'ayant voulu y déroger que dans le seul intérêt de la liberté de l'industrie (Griolet, *op. et loc. cit.*). Existe-t-il une seconde exception au principe pour les jugements d'où résulte la preuve ou, comme on dit, l'établissement de la propriété? Le demandeur qui intente la revendication et le possesseur qui y défend peuvent-ils invoquer, à l'appui de leur prétention, un jugement auquel la partie adverse est étrangère et qui le déclare propriétaire? Pour résoudre cette question, il faut savoir, d'abord, si le même demandeur ou défendeur pourrait opposer aux mêmes fins un acte translatif de propriété, par exemple, une vente passée devant notaire ou par acte sous seing privé, et à laquelle son adversaire serait également étranger? Et, pour se faire une idée juste de cette même question, il n'en faut pas exagérer l'importance. Il ne s'agit pas de savoir si l'acte en question transfère la propriété de la chose litigieuse à l'égard du tiers qui n'y a pas été partie, car le bon sens et l'article 1165 du Code civil s'y opposent absolument; le bon sens, puisqu'une aliénation faite *à non domino* ne peut dépouiller le véritable propriétaire; l'article 1165, puisque les conventions ne nuisent pas aux tiers. L'intérêt de la question se réduit donc à ceci que, si les titres de propriété sont opposables à ceux-là même qui n'y ont pas été parties, celui qui les produit a fait ainsi toute la preuve, et c'est à l'adversaire de la combattre : 1° en s'inscrivant en faux ou en déniant la signature, s'il conteste l'existence ou la sincérité de l'acte; 2° en prouvant que la vente émane réellement *à domino;* 3° en invoquant la prescription. Ramenée à ces termes, la question n'est pas douteuse, car, dans cette mesure, les titres de propriété sont certainement opposables aux tiers : 1° en vertu de ce principe, que les actes authentiques et sous seing privé font foi de leur contenu — même à l'égard des tiers — les actes authentiques jusqu'à inscription de faux, les actes sous seing privé lorsqu'ils sont reconnus ou vérifiés en justice, la question de date demeurant réservée; 2° par cette autre raison plus spéciale, mais non moins probante, qu'un acte de vente passé *à non domino* est opposable au véritable propriétaire comme juste titre à l'effet de prescrire par dix ou vingt ans, et qu'il n'est pas croyable que le même acte ait moins de force s'il émane du véritable propriétaire, ou si l'on ne peut prouver — ce qui revient au même — qu'il n'émane pas de lui (Voy., sur la foi due aux actes authentiques et sous seing privé opposés à ceux qui n'y ont pas été parties, t. II, §§ **705**, note 19, et **709**). Pour les jugements qui déclarent qu'une personne est propriétaire, la difficulté est identique. Ils n'ont pas l'autorité de la chose jugée à l'égard des tiers, et quiconque n'y a pas été partie est admis à prouver qu'ils ont déclaré propriétaire une personne qui ne l'est pas; mais ils

ses créanciers chirographaires intentent de nouveau son action en vertu de l'article 1166 du Code civil[2]; les héritiers de Primus intentent une action confessoire, mais Primus avait, de son vivant, intenté et perdu le même procès[3] : les personnes

font foi de leur existence même *ergà omnes*, et ceux qui les obtiennent peuvent s'en prévaloir même à l'égard de ceux qui n'y ont pas été parties, à moins que ceux-ci n'en prouvent la fausseté en s'inscrivant en faux, n'en démontrent le mal jugé en les contestant au fond, ou n'invoquent à l'encontre une possession suffisante pour conduire à la prescription. Il résulte de ces explications : 1° que le jugement qui établit la propriété n'a, à l'égard des tiers, que l'autorité du fait et non pas celle de la chose jugée, car les tiers ne peuvent contester qu'il existe (l'inscription de faux réservée), mais peuvent contester qu'il ait bien jugé ; 2° que cette théorie n'est que l'application des principes généraux sur la foi due aux actes, et que la cour de cassation n'avait pas besoin de la fonder sur des motifs spéciaux tels que ceux-ci : « Attendu que le droit de propriété serait per« pétuellement ébranlé si les contrats destinés à l'établir n'avaient de valeur qu'à « l'égard des personnes qui y auraient été parties, puisque de l'impossibilité de « faire concourir des tiers à des contrats ne les concernant pas résulterait l'im« possibilité d'obtenir des titres protégeant la propriété contre les tiers » (Civ. cass. 22 juin 1864, D. P. 64. 1. 412; voy., en ce sens, Laurent, *op. cit.*, t. VI, nos 159 et suiv.; et, sur cette question, Demolombe, *op. cit.*, t. XXIX, nos 286 et 296, t. XXX, n° 375, Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 386, Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des biens*, nos 235 et suiv., Bonnier, *op. cit.*, nos 508 *bis* et 876, Larnaude, sur Bonnier, *op. cit.*, n° 508 *bis*, civ. cass. 27 déc. 1865, D. P. 66. 1. 5, civ. cass. 17 mars 1873, Sirey, *op. cit.*, t. LXXIV, 1re part., p. 122, civ. cass. 17 déc. 1873, Sirey, *op. cit.*, t. LXXIV, 1re part., p. 409; aj. la note de M. Labbé sur cet arrêt). Enfin, il ne faut pas confondre, au point de vue de l'autorité de la chose jugée, les jugements déclaratifs de droit contestés, et ceux qui créent un nouvel état de choses en vertu de la puissance publique dont les tribunaux sont investis (jugements déclaratifs de faillite; jugements qui prononcent la séparation de corps ou de biens, l'adoption, l'interdiction, la nomination d'un conseil judiciaire, ou une adjudication; jugements qui mettent un commerçant en état de liquidation judiciaire) : aux premiers seuls s'applique l'article 1351, aussi n'ont-ils qu'un effet relatif; les autres ont un effet absolu qui tient moins à la chose jugée qu'à la volonté légalement exprimée par le juge de créer une situation nouvelle. Par contre, les décisions qui refusent de la créer n'ont point, même entre les parties, l'autorité de la chose jugée, en sorte qu'une déclaration de faillite, d'abord refusée par le tribunal de commerce, pourra être accordée plus tard, quand les circonstances auront changé et que la cessation de paiements se sera produite, soit à la requête des créanciers qui sont restés étrangers à la première demande, soit même de ceux qui l'ont formée. Ce n'est qu'un exemple, et il en sera de même dans les autres cas énumérés ci-dessus (Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 372; Bonnier, *op. cit.*, n° 877; Boistel, *op. cit.*, n° 891 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, 2e éd., t. VII, n° 21; Griolet, *op. cit.*, n° 140; civ. cass. 10 févr. 1892, D. P. 92. 1. 329, voy. ma note *ib.*, S. 92. 1. 140; voy., pour plus de détails en ce qui concerne les jugements d'adjudication, le tome IV).

[2] La chose jugée pour ou contre les créanciers chirographaires qui agissent en vertu de l'article 1166 du Code civil profite et nuit certainement à leur débiteur, lorsqu'on a eu la précaution de le mettre en cause. En serait-il de même s'il était demeuré étranger à l'instance? Voy. t. I, § **312**, note 16. Les créanciers représentent ils leur débiteur quand ils agissent en leur nom propre? Voy. *infrà*, note 7.

[3] Les successeurs universels sont représentés en justice par leur auteur, sauf que les héritiers bénéficiaires n'acquittent qu'*intrà vires* et sur les biens héréditaires (C. civ., art. 802) les dettes que leur auteur a été condamné à payer

sont différentes, mais les parties sont les mêmes[1]. 2° Primus demande en son propre nom la nullité d'un testament, il succombe, et la demande ensuite comme tuteur de Secundus qui y est également intéressé; un maire agit au nom de sa commune pour empêcher le propriétaire d'une source d'en changer le cours au préjudice des habitants, il succombe, et soutient ensuite, en son nom propre et comme propriétaire d'un fonds inférieur, qu'il a acquis par titre ou par prescription le droit d'user de l'eau de cette source : les personnes sont les mêmes, mais les parties sont différentes[5]. Ici viendraient, si elles ne dépassaient les limites de ce Traité, toutes les questions qui s'élèvent sur le point de savoir quelles personnes sont représentées par le demandeur ou par le défendeur dans les instances par eux engagées ou soute-

(Duranton, *op. cit.*, t. XIII, n° 502; Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 347; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 377; Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, n° 328 *bis*-XV; Laurent, *op. cit.*, t. XX, n° 94; Bonnier, *op. cit.*, n° 878; Griolet, *op. cit.*, p. 167). La chose jugée ne lie les successeurs universels que lorsqu'ils se bornent à exercer les droits de leur auteur : il en est autrement s'ils invoquent un droit propre, s'ils intentent, par exemple, l'action en réduction des libéralités par lui faites au-delà de sa quotité disponible. Ainsi Primus, propriétaire de deux immeubles, donne l'un entre-vifs, et le prétend ensuite grevé de servitude au profit de celui dont il est demeuré propriétaire, puis il meurt; ce dernier fonds est attribué dans le partage de sa succession à l'un de ses héritiers, et un autre de ses héritiers, non rempli de sa réserve, agit en réduction contre le donataire : il recouvrera ce fonds libre de toute servitude, par application de l'article 929 du Code civil, sans qu'on puisse lui opposer le jugement qui a déclaré ce fonds servant (Laurent, *op. et loc. cit.*).

[4] De même, les représentants légaux et conventionnels (mandataires, tuteurs, maris, préfets, maires, syndics, curateurs) représentent les personnes naturelles ou civiles dont ils administrent la fortune : ici encore les personnes sont différentes, mais les parties sont les mêmes (Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n°s 364 et suiv.; Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*; Laurent, *op. cit.*, t. XX, n°s 108 et suiv.; Griolet, *op. cit.*, p. 157 et suiv.; Dalloz et Vergé, *op. cit.*, art. 1351, n°s 72 et suiv.; civ. cass. 12 mai 1873, D. P. 73. 1. 366). Il faut seulement qu'il s'agisse dans l'instance des intérêts confiés à ces représentants. Ainsi : 1° le mari ne représente sa femme que dans les actions qu'il a le droit d'intenter ou de soutenir en son nom (Voy., sur ces actions, t. I, § **316**; comp. req. 3 mai 1875, D. P. 76. 1. 390); 2° le syndic de faillite représente la masse des créanciers, et la chose jugée contre lui est opposable à ceux d'entre eux qui, tout en agissant individuellement, ne réclament que les droits de la masse; mais il ne représente pas les créanciers qui invoquent des droits particuliers, et la chose jugée contre lui ne les lie point (Orléans, 17 mai 1881; D. P. 82. 2. 55). La proposition inverse est-elle vraie, et la chose jugée contre le mandant est-elle opposable au mandataire? Voy. Laurent, *op. cit.*, t. XX, n° 108.

[5] Voy., sur ce principe et sur ses différentes applications, Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 343; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 385 et 386; Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, n° 328 *bis*-XIII; Dalloz et Vergé, *op. cit.*, art. 1351, n°s 884 et suiv.; civ. cass. 30 janv. 1872 (D. P. 74. 1. 100); civ. cass. 12 mai 1875 (D. P. 75. 1. 361); req. 14 avr. 1885 (D. P. 86. 1. 300).

nues [6] — si le débiteur y représente ses créanciers [7], le pro-

[6] L'héritier véritable est-il représenté par l'héritier apparent; l'absent, par les envoyés en possession; les appelés, par le donataire ou légataire grevé de substitution à leur profit? Voy. encore, sur l'application de la règle « *Res inter alios judicata aliis nec nocet nec prodest* », Dalloz et Vergé, *op. cit.*, art. 1351, nos 661 et suiv.; req. 10 févr. 1873 (D. P. 73. 1. 427); civ. cass. 8 déc. 1873 (D. P. 74. 1. 148); req. 4 avr. 1874 (D. P. 75. 1. 467); req. 4 févr. 1878 (D. P. 79. 1. 165); req. 9 avr. 1879 (D. P. 80. 1. 13); civ. cass. 7 avr. 1880 (D. P. 80. 1. 218); req. 3 août 1880 (D. P. 81. 1. 429); req. 21 juin 1881 (D. P. 82. 1. 213); req. 6 mars 1883 (D. P. 83. 1. 265); civ. rej. 10 avr. 1883 (D. P. 84. 1. 39); crim. rej. 11 août 1883 (D. P. 84. 1. 211). Cette règle n'est pas violée lorsqu'un jugement est opposé, avec d'autres documents et comme simple présomption, à des personnes qui n'y ont pas été parties (Req. 19 janv. 1875; D. P. 75. 1. 256).

[7] Le débiteur représente ses créanciers chirographaires qui n'ont d'autres droits que les siens, et doivent subir les jugements rendus contre lui (Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 357; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 374; Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, n° 328 *bis*-XVI; Laurent, *op. cit.*, t. XX, nos 102 et 103; Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1451, n° 115; Bonnier, *op. cit.*, n° 884; Griolet, *op. cit.*, p. 167; req. 13 avr. 1841, D. A. *v° cit.*, n° 245; Toulouse, 7 mars 1855, D. P. 56. 2. 110); mais cette règle souffre exception : 1° en cas de fraude (Voy., à cet égard, au tome VII, la tierce opposition); 2° lorsqu'un jugement est intervenu entre le débiteur et l'un de ses créanciers sur l'existence d'un droit de préférence invoqué par ce dernier (Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 358, Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, n° 375, Laurent, *op. cit.*, t. XX, n° 104, Grenoble, 28 déc. 1880, D. P. 82. 2. 188; *contrà*, Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1351, n° 116), à moins que les autres créanciers n'aient été appelés dans l'instance, auquel cas ils y ont été parties et la chose jugée leur est opposable (Chambéry, 10 août 1872; D. P. 73. 2. 232); 3° quand les créanciers chirographaires ont des intérêts distincts de ceux de leur débiteur ou opposés aux siens : c'est ainsi que la chose jugée entre associés sur l'existence ou sur la nature de la société est étrangère aux créanciers de la société et aux créanciers personnels des associés (Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*; req. 2 déc. 1875, D. P. 76. 1. 173). J'en conclus que les créanciers hypothécaires, investis d'un droit réel auquel le débiteur qui l'a constitué ne peut directement ou indirectement porter atteinte, ne sont pas représentés par lui dans les instances engagées postérieurement aux inscriptions par eux prises sur la propriété des immeubles hypothéqués (Voy., en ce sens, Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 363; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 375; Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, n° 328 *bis*-XIX; Marcadé, *op. cit.*, t. V, sur l'art. 1351, n° 12; Laurent, *op. cit.*, t. XX, nos 105 et suiv.; Pont, *Des privilèges et hypothèques*, t. I, n° 647; Bonnier, *op. cit.*, n° 880; Griolet, *op. cit.*, p. 161; Valette, *Le jugement rendu contre un débiteur sur une question de propriété d'immeuble est-il opposable au créancier hypothécaire dont le titre est antérieur au procès* (dans la *Revue de droit français et étranger*, t. I, 1844, p. 27 et suiv.); civ. rej. 28 août 1849, D. P. 50. 1. 57; Nancy, 22 févr. 1867, D. P. 67. 2. 101). C'était déjà la doctrine romaine (Dig., LL. 3, *De pign. et hyp.*, XX, I; 11, § 10, *De exc. rei jud.*, XLIV, IV); mais on sait qu'elle est très controversée en droit français, et que la cour de cassation a fini par se prononcer en sens contraire (Voy. Merlin, *Questions de droit*, v° *Opposition tierce*, § I; Proudhon, *op. cit.*, t. III, nos 1300 et suiv.; Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1715; Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1351, n° 117; Toulouse, 7 mars 1855, D. P. 56. 2. 110; civ. cass. 6 déc. 1859, D. P. 60. 1. 17; civ. cass. 13 déc. 1864, D. P. 65. 1. 142; Paris, 6 juin 1872, D. P. 73. 2. 124; req. 2 juill. 1879, D. P. 80. 1. 199), excepté dans le cas de fraude (Voy., sur la tierce opposition, le tome VII), ou quand les créanciers hypothécaires exercent des droits personnels, et repoussent, par exemple, l'application de jugements rendus en leur absence sur la priorité de l'un d'entre eux : il est certain que le débiteur les représente encore moins dans de telles instances qu'il n'y représen-

priétaire ses ayants-cause à titre particulier, et réciproquement [8] — si les copropriétaires, le nu-propriétaire et l'usufruitier, le propriétaire sous condition suspensive et le propriétaire sous condition résolutoire, le légataire universel et les légataires particuliers, les créanciers et les débiteurs solidaires, les débiteurs principaux et leurs cautions s'y

terait ses créanciers chirographaires (Civ. cass. 6 déc. 1859, D. P. 60. 1. 17; Limoges, 23 août 1860, D. P. 61. 2. 6; req. 2 juill. 1879, D. P. 80. 1. 199; civ. cass. 25 oct. 1893, S. 94. 1. 228; civ. cass. 6 févr. 1895, D. P. 95. 1. 207, S. 95. 1. 229). *Quid*, si l'inscription avait été prise au cours de l'instance? Voy. la note suivante. Enfin, les créanciers qui agissent en dehors de l'application de l'article 1166 ne représentent pas leur débiteur, et la chose jugée à leur égard est, quant à lui, *res inter alios acta* (Civ. cass. 16 nov. 1874, D. P. 75. 1. 150; req. 19 nov. 1877, D. P. 78. 1. 486). Voy., sur le cas où ils agissent en vertu de l'article 1166, *suprà*, note 2.

[8] La situation des ayants-cause à titre particulier est identique, sous ce rapport, à celle des créanciers hypothécaires : les uns comme les autres ont reçu de leur auteur un droit réel qui doit être à l'abri de ses atteintes; et, pourtant, on admet unanimement, pour les ayants-cause à titre particulier, une distinction sur laquelle on discute encore, et que la jurisprudence refuse d'appliquer lorsqu'il s'agit de créanciers hypothécaires : la chose jugée est opposable aux successeurs particuliers antérieurs à l'engagement de l'instance, elle est étrangère à ceux qui sont postérieurs à cette époque, et ils sont antérieurs, suivant les cas, si leur titre a été enregistré, transcrit ou notifié avant la demande (C. civ., art. 1328 et 1690, L. 23 mars 1855, art. 1 et 3; voy., en ce sens, Pothier, *op. cit.*; nos 905 et suiv., Merlin, *op. cit.*, v° *Chose jugée*, § II, n° 2, Duranton, *op. cit.*, t. XIII, nos 506 et suiv., Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, nos 351 et suiv., Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, n° 373, Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, n° 328 *bis*-XVII et XVIII, Laurent, *op. cit.*, t. XX, n° 97, Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1351, nos 105 et suiv., Bonnier, *op. cit.*, n° 879, Griolet, *op. cit.*, p. 160, Dalloz et Vergé, *op. cit.*, art. 1351, nos 772 et suiv., req. 17 janv. 1876. 1. 347; voy. cep., en sens contraire, une décision certainement inexacte de la cour de Paris (21 avr. 1874, D. P. 76. 1. 86), et une autre opinion rapportée à la note suivante, d'après laquelle la chose jugée avec une personne profiterait à ses successeurs particuliers sans pouvoir leur être opposée). Une question plus délicate — et qui se pose également pour les créanciers hypothécaires — est de savoir si la chose jugée est opposable aux ayants-cause à titre particulier qui ont reçu leur titre au cours de l'instance. Plusieurs auteurs l'enseignent en s'appuyant sur un texte d'Ulpien (Dig., L. 11, §§ 9 et 10, *De exc. rei jud.*, XLIV, II), et sur le principe de la rétroactivité des jugements au jour de la demande (Voy. *infrà*, § **1161**; et, en ce sens, Duranton, *op. et loc. cit.*, Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*, Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, n° 328 *bis*-XVII et XIX, Marcadé, *op. cit.*, t. V, sur l'art. 1351, n° 11); mais l'opinion contraire est préférable. Elle peut invoquer l'autorité de Papinien (Dig., L. 29, § 1, *De exc. rei jud.*, XLIV, II) et, surtout, les principes du droit : le droit réel transmis à titre particulier étant acquis avant le jugement, et, dès lors, indépendant du fait de la personne qui l'a constitué, celle qui l'a reçu n'est pas représenté par son auteur, et n'est même plus son ayant-cause quant au jugement postérieur à son propre titre (Merlin, *op.*, *v° et loc. cit.*; Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 352; Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1351, n° 106; Bonnier, *op. cit.*, n° 881; civ. rej. 8 mai 1810, D. A. *v° cit.*, n° 247). D'autre part, les acquéreurs à titre particulier n'ont pas plus qualité pour représenter leur auteur que les créanciers n'en ont pour représenter leur débiteur en dehors du cas de l'article 1166 du Code civil : ce qui est jugé à leur égard

représentent les uns et les autres[9] — si l'on peut dire, enfin, dans les questions d'état, que le plus proche parent et premier intéressé représente les autres membres de la famille en qualité de contradicteur légitime, de telle manière que la chose jugée pour ou contre lui soit aussi jugée à leur égard[10].

n'existe donc pas quant à lui (Pothier, *op. cit.*, n° 906; Toullier, *op. cit.*, t. X, n° 200; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 77; Laurent, *op. cit.*, t. XX, n° 107; Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1351, n° 124).

[9] Entre les deux opinions extrêmes — celle qui admet que ces divers intéressés se représentent les uns les autres, et celle qui les considère respectivement comme des tiers — une solution intermédiaire s'est fait jour, celle « du « mandat imparfait » ou « de la représentation restreinte », d'après laquelle « il est plusieurs classes de personnes qui sont réputées avoir été représen- « tées en justice par l'une des parties litigantes lorsqu'il s'agit de jugements qui « tendent à rendre leur condition meilleure, et qui, au contraire, sont à consi- « dérer comme des tiers lorsqu'il s'agit de jugements qui, s'il pouvaient « leur être opposés, entameraient ou compromettraient leurs droits » (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 379). Tels seraient le copropriétaire, le nu-propriétaire, la caution, les créanciers et débiteurs d'une obligation solidaire ou indivisible, l'acquéreur sous condition suspensive ou résolutoire, quant aux jugements rendus avec d'autres propriétaires, l'usufruitier, le débiteur principal, les autres créanciers et débiteurs de l'obligation solidaire ou indivisible, l'acquéreur sous condition résolutoire ou suspensive. Il en serait de même des acquéreurs à titre particulier, à l'égard des jugements rendus avec leur auteur depuis l'époque où leurs droits sont devenus opposables aux tiers (Voy., à cet égard, la note précédente). Cette opinion est absolument contraire : 1° au principe que la chose jugée ne profite qu'aux personnes auxquelles elle pourrait nuire (Voy., *suprà*, note 1); 2° au texte de l'article 1351 du Code civil, aux termes duquel l'autorité de la chose jugée « a lieu » d'une manière absolue, c'est-à-dire en quelque sens que le jugement soit rendu, pourvu que les conditions voulues soient réunies : on sent, par l'énumération qui précède, combien la portée de cet article serait restreinte, si la théorie du mandat imparfait devait prévaloir, et combien de jugements profiteraient alors aux tiers sans pouvoir leur nuire (Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 370; Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, n° 328 *bis*-XXIII; Laurent, *op. cit.*, t. XX, n°s 118 et suiv.; Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1351, n° 100; Griolet, *op. cit.*, p. 156 et suiv.).

[10] On se placerait sur un mauvais terrain si l'on invoquait, à l'appui de cette thèse, la prétendue indivisibilité de l'état des personnes. Un arrêt de la cour de cassation (Req. 9 mars 1847; D. P. 47. 1. 137) affirme expressément que l'état civil est indivisible, mais il me suffira de faire observer : 1° que, si l'état civil, considéré en soi et d'une manière abstraite, est indivisible en ce sens qu'on est ou qu'on n'est pas le fils ou le frère de quelqu'un, les conséquences de cet état sont parfaitement divisibles (Primus, ayant fait juger contre Secundus et en l'absence de Tertius qu'il est, comme eux, le fils du *de cujus*, peut très bien, la part de Tertius demeurant intacte, prendre sur celle de Secundus le tiers qui lui revient comme troisième fils du *de cujus*, à savoir le sixième de la succession); 2° que, les conséquences de l'état civil fussent-elles indivisibles, il faudrait d'abord savoir s'il existe, et que, s'il résulte d'un jugement, il ne peut exister que dans la mesure où ce jugement a autorité de chose jugée, et à l'égard des personnes auxquelles il est opposable : or la preuve que les jugements rendus sur les questions d'état sont soumis, sous ce rapport, au droit commun résulte clairement des articles 54 du Code civil : « Dans tous les cas où un tribunal de « première instance connaîtra des actes relatifs à l'état civil, les parties inté-

§ **1129**. *b*. L'autorité de la chose jugée suppose, en second lieu, que les deux demandes ont le même objet, c'est-à-

« ressées pourront se pourvoir contre le jugement », et 100 du même Code : « Le jugement de rectification (d'un acte de l'état civil) ne pourra, dans aucun « cas, être opposé aux parties intéressées qui ne l'auraient point requis ou qui « n'y auraient pas été appelées » (Merlin, *Répertoire*, v° *Question d'état*, § III, art. I, n°s 11 et 14; Toullier, *op. cit.*, t. X, n°s 225 et 226; Demolombe, *op. cit.*, t. V, n°s 177, 307 et suiv.; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VI, p. 61; voy., sur cette matière, le tome VII). Cela est tellement vrai que les jugements rendus en matière d'obligations indivisibles — l'indivisibilité de l'état est une idée abstraite et sans conséquence, mais l'indivisibilité de certaines obligations est un principe de droit fécond en résultats pratiques (C. civ., art. 1217 et suiv.) — n'échappent jamais complètement à l'application de la règle « *Res inter alios judicata aliis nec nocet nec* « *prodest* ». Les auteurs sont divisés sur cette question : les uns enseignent que les jugements rendus pour ou contre un des créanciers ou débiteurs de cette obligation ont l'autorité de la chose jugée à l'égard des autres ; les autres appliquent à cette espèce l'idée du mandat imparfait ou de la représentation restreinte ; enfin, quelques-uns soutiennent qu'après le jugement rendu à l'égard d'un des créanciers ou débiteurs de l'obligation indivisible il y a chose jugée à l'égard de tous ; mais, dans cette opinion même, on admet les créanciers ou débiteurs qui n'ont pas figuré dans l'instance à attaquer le jugement par la tierce opposition, à charge de prouver qu'il a été obtenu par collusion (Voy., sur la tierce opposition, le tome VII), en sorte qu'il peut arriver, même dans cette opinion, qu'en dépit de l'indivisibilité le jugement subsiste à l'égard de quelques créanciers ou débiteurs, et soit révoqué à l'égard des autres (Voy., sur cette question, Pothier, *op. cit.*, n° 908; Toullier, *op. cit.*, t. X, n° 206; Duranton, *op. cit.*, t. XIII, n° 528; Demolombe, *op. cit.*, t. XXVI, n°s 628 et suiv.; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, n° 382; Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, n° 328 *bis*-XXVI et XXVIII; Marcadé, *op. cit.*, t. V, sur l'art. 1351, n° 13; Laurent, *op. cit.*, t. XX, n° 123; Bugnet, sur Pothier, *op. et loc. cit.*; Larombière, *op. cit.*, t. III, sur l'art. 1225, n° 1217, t. VII, sur l'art. 1351, n° 100; Bonnier, *op. cit.*, n° 888; Griolet, *op. cit.*, p. 166 et suiv.; req. 14 mai 1817, civ. rej. 19 déc. 1832, D. A. *v° cit.*, n° 269). Le seul moyen d'écarter l'application de l'article 1351 aux jugements qui concernent l'état des personnes, c'est d'accepter la théorie dite « du contradicteur légitime », d'après laquelle les parents du second degré et des degrés subséquents sont représentés, en pareil cas, par ceux du premier degré comme ayant le principal intérêt dans la contestation. Cette doctrine, empruntée au droit romain (Dig., LL. 25, *De stat. hom.*, I, v, 3 pr., *De adgn. vel al. lib.*, XXV, III; Cod., LL. 42, *De lib. caus.*, VIII, XVI, 1, *De coll. deteg.*, VII, XX), et admise autrefois, en droit français, dans l'intérêt de la stabilité de l'état des personnes (Vinnius, *Partitiones juris*, liv. IV, ch. XLVII; éd. Lyon, 1748, p. 510), est aujourd'hui très controversée (Voy. Merlin, *op.*, *v° et loc. cit.*; Toullier, *op. cit.*, t. X, n°s 216 et suiv.; Demolombe, *op. cit.*, t. V, n°s 312 et suiv.; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VI, p. 60 et 61, t. VIII, p. 385; Bonnier, *op. cit.*, n° 889; Griolet, *op. cit.*, p. 140 et suiv.; civ. cass. 9 mai 1821, Montpellier, 24 janv. 1822, D. A. *v° cit.*, n° 273; req. 3 janv. 1866, D. P. 66. 1. 417). Quoi qu'il en soit, les jugements qui reconnaissent ou attribuent à l'une des parties une qualité indépendante de son état civil, comme celle de commerçant ou d'héritier, n'échappent pas à l'application de la règle « *Res inter alios judicata aliis nec nocet nec prodest* » : ces qualités ne sont pas plus indivisibles que celles qui constituent l'état proprement dit, et l'effet purement relatif des jugements qui les reconnaissent ou les attribuent ne lèse aucun intérêt supérieur (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 384; Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1351, n°s 85 et suiv.). On sait, néanmoins, que l'application de l'article 1351 est vivement controversée, lorsqu'un jugement passé en force de chose jugée a, sur la demande de l'un des créanciers d'une succession, condamné un successible en qualité d'héritier pur et simple. L'article 800 du

dire la reconnaissance du même droit sur la même chose[1]. On a perdu son procès en revendiquant le fonds A; cela n'empêche pas de revendiquer le fonds B[2]. On a succombé dans la revendication d'un immeuble; on peut encore intenter, à raison de cet immeuble, l'action confessoire d'un droit d'usufruit ou de servitude[3]. On a réclamé sans succès un droit de passage; rien n'empêche d'invoquer maintenant une servitude de ne pas bâtir[4]. La partie déclarée non-recevable au possessoire est encore fondée soit à agir au pétitoire, soit à y contester l'action formée contre elle; réciproquement, rien n'empêche le défendeur condamné au possessoire d'agir au

Code civil, qui le déclare alors déchu du droit d'accepter sous bénéfice d'inventaire (Voy. t. II, § **772**), lui enlève-t-il cette faculté *erga omnes*, ou seulement à l'égard du créancier qui a obtenu ce jugement? Je ne puis entrer dans la discussion des cinq opinions qui se sont formées sur ce point. Je rappellerai seulement que, pour plusieurs auteurs, ce n'est pas une question de chose jugée qui s'agite ici, et que, si l'article 800 interdit l'acceptation bénéficiaire à l'héritier condamné comme héritier pur et simple par un jugement passé en force de chose jugée, ce n'est pas en vertu du jugement lui-même, mais plutôt à cause de l'adhésion que cet héritier lui a donnée en ne l'attaquant pas (Marcadé, *op. cit.*, t. III, n° 253; Massé et Vergé, sur Zachariæ, *Droit civil français* (Paris, 1855), t. II, p. 311, note 18), ou en vertu d'une sorte de déchéance ou de prescription imposée à l'acceptation bénéficiaire, qui ne serait plus possible après que l'héritier aurait été condamné par un jugement passé en force de chose jugée (Valette, *Le jugement passé en force de chose jugée qui condamne un successible comme héritier pur et simple profite t-il aux personnes qui n'ont pas été parties au procès, en sorte que le successible soit déchu, à l'égard de tous, de la faculté soit de renoncer soit d'accepter sous bénéfice d'inventaire?* dans la *Revue française et étrangère de législation*, t. IX, 1842, p. 257 et suiv.). Dans cette dernière opinion, l'héritier serait déchu *erga omnes* du droit d'accepter sous bénéfice d'inventaire, mais il conserverait le droit de renoncer (Valette, *op. cit.*, p. 281 et suiv.). Que faut-il entendre en général et, spécialement, dans l'article 800, par « jugement passé en force de chose jugée? » Voy., sur ce point, le tome V.

§ **1129**. [1] « *Quum quæritur hæc exceptio noceat necne, inspiciendum est « an idem corpus sit, quantitas eadem, idem jus* » (Dig., LL. 12 et 13, *De exc. rei jud.*, XLIV, II; voy., sur ce texte, de Savigny, *op. cit.*, t. VI, p. 437 et suiv.).

[2] Civ. rej. 28 août 1849 (D. P. 50. 1. 157).

[3] Toullier, *op. cit.*, t. X, n° 154. Duranton, *op. cit.*, t. XIII, n°s 465 et 466. Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n°s 310 et suiv. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 388. Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, n° 328 *bis*-VII. Laurent, *op. cit.*, t. XX, n°s 42 et suiv. Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1351, n° 38. Bonnier, *op. cit.*, n° 868. Req. 9 juill. 1817 (D. A. *v° cit.*, n° 110). Colmar, 21 juill. 1830 (D. A. *v° cit.*, n° 124). La réciproque est également vraie (Voy., en ce sens, les mêmes auteurs; civ. rej. 1er juin 1831, D. A. *v° cit.*, n° 114; civ. rej. 12 mars 1872, D. P. 73. 1. 72).

[4] Dig., L. 11, § 6, *De exc. rei jud.* (XLIV, II). Pothier, *op. cit.*, n° 894. Toullier, *op. cit.*, t. X, n° 153. Duranton, *op. cit.*, t. XIII, n° 467. Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 314. Aubry et Rau, *op. et loc. cit.* Laurent, *op. et loc. cit.* Req. 27 janv. 1824 (D. A. *v° cit.*, n° 110). Req. 22 avr. 1840 (D. A. *v° cit.*, n° 146). Civ. rej. 3 août 1869 (D. P. 69. 1. 352).

pétitoire et d'y triompher[5]. Le créancier qui n'a pu obtenir les intérêts conventionnels auxquels il avait spécialement conclu peut, néanmoins, former une nouvelle demande en paiement du capital qui devait, d'après lui, produire ces intérêts[6]. Il n'y a même identité d'objet que si les deux demandes ont en vue la même quantité, et celui qui aura succombé dans la revendication de la totalité d'un fonds pourra encore s'en prétendre copropriétaire; je ne dis pas qu'il y aura gain de cause, car il se peut que les raisons de fait ou de droit qui ont fait échouer sa première demande empêchent le succès de la seconde; je dis seulement que cette dernière ne peut être écartée *à priori* par l'exception de chose jugée, car le seul point qui ait été jugé contre le demandeur, c'est qu'il n'avait pas la propriété de tout le fonds[7]. Par contre, l'identité d'ob-

[5] La faculté de plaider au pétitoire, après avoir succombé au possessoire, ne résulte pas seulement des principes généraux en matière de chose jugée, mais encore des articles 25 et 27 du Code de procédure qui, en interdisant le cumul du possessoire et du pétitoire, et en prescrivant que le défendeur au pétitoire ne pourra se pourvoir au pétitoire qu'après la fin de l'instance possessoire et l'exécution des condamnations prononcées contre lui, impliquent la possibilité de plaider au pétitoire, quelle qu'ait été l'issue du procès possessoire et quand même on y aurait succombé (Voy. *suprà*, § **1009**). Il est également certain que le défendeur au pétitoire peut, après y avoir succombé, agir avec succès au possessoire : s'il n'en est pas de même du demandeur (C. pr. civ., art. 26), ce n'est pas que la chose jugée contre lui dans la première instance doive étendre son autorité sur la seconde; c'est seulement parce qu'il est censé avoir renoncé au possessoire en se pourvoyant d'abord au pétitoire (Voy. *suprà*, *loc. cit.*). Aj., sur l'application de l'article 1351 en cette matière, Toullier, *op. cit.*, t. X, n° 156; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 395; Dalloz et Vergé, *op. cit.*, art. 1351, n°s 384 et suiv.; req. 6 nov. 1888 (D. P. 89. 1. 230); req. 6 janv. 1891 (D. P. 91. 1. 479; S. 95. 1. 28); req. 23 janv. 1895 (D. P. 95. 1. 366; S. 97. 1. 188). Comp. req. 23 avr. 1894 (S. 96. 1. 215).

[6] Je suppose, bien entendu, qu'il n'avait pas conclu la première fois au paiement de ce capital, car il y aurait alors chose jugée sur le capital et sur les intérêts (Voy., en ce sens, Dig., L. 23, *De exc. rei jud.* (XLIV, II); Pothier, *op. cit.*, n° 892; Duranton, *op. cit.*, t. XIII, n° 469; Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 305; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 39; Laurent, *op. cit.*, t. XX, n°s 45 et 46).

[7] Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 315. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 387. Laurent, *op. cit.*, t. XX, n° 42. Civ. cass. 11 févr. 1833 (D. A. *v° cit.*, n° 124). La réciproque ne serait pas vraie, car le demandeur qui a conclu à l'attribution d'une partie de l'objet litigieux a nécessairement soumis à la justice l'appréciation de tout son titre, et le tribunal, en statuant au fond que le demandeur n'est pas propriétaire pour partie, a jugé, à plus forte raison, qu'il ne l'est pas pour le tout (Dig., L. 3, *De exc. rei jud.*, XLIV, II, Duranton, *op. cit.*, t. XIII, n° 464, Demolombe, *op. et loc. cit.*, Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 390, Marcadé, *op. cit.*, t. V, sur l'art. 1351, n°s 3 et suiv., Colmet de Santerre, *op. cit.*, n° 328 *bis*-VIII, Laurent, *op. et loc. cit.*, Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1351, n°s 37 et suiv., Bonnier, *op. cit.*, n° 871, Griolet, *op. cit.*, p. 136; *contrà*, Toullier, *op. cit.*, t. X, n°s 153 et 155, Proudhon, *op. cit.*, t. III, n° 1272). Il est plus

jet peut n'être qu'implicite, et, pour ainsi dire, latente[8]. 1° Primus, se disant héritier de Secundus, a agi contre Tertius en délaissement d'un immeuble qui faisait partie de la succession : si le tribunal l'a débouté de sa demande attendu qu'il n'est pas héritier de Secundus, il ne pourra poursuivre le même Tertius en paiement d'une créance que la succession a contre lui, car ce qu'il veut dans cette seconde instance, c'est remettre en question ce qui a été jugé contre lui dans la première, à savoir qu'il n'est pas héritier[9]. 2° C'est former deux demandes identiques que se prétendre successivement propriétaire et créancier d'un corps certain que le propriétaire s'est obligé à vous donner, car, aux termes de l'article **1138** du Code civil, cette convention devait vous rendre propriétaire, et, en décidant qu'elle n'existe pas, qu'elle n'est pas suffisamment prouvée, ou qu'elle est nulle au fond ou en la forme, le premier juge a déclaré par-là que vous n'êtes pas plus créancier que propriétaire[10].

§ **1130**. *c*. Enfin, l'autorité de la chose jugée n'a pas lieu si les deux demandes ne reposent pas sur la même cause[1].

sûr de raisonner ainsi que de discuter sur le brocard « *In toto et pars conti-* « *netur* » (Dig., LL. 7, pr., *De exc. rei jud.*, XLIV, II, 113, *De reg. jur.*, L, XVII; voy., sur ce brocard, Marcadé, *op. et loc. cit.*, et *De l'autorité de la chose jugée*, dans la *Revue de législation*, t. XXXIII, 1848, p. 316 et suiv.).

[8] C'est la conséquence du principe posé *suprà*, § **1127**, note 2, à savoir que l'identité d'objet signifie, en réalité, l'identité des questions.

[9] Dig., L. 7, § 5, *De exc. rei jud.* (XLIV, II). Bonnier, *op. cit.*, n°s 868 et 869. Griolet, *op. cit.*, p. 122 et suiv.

[10] Voy. encore, sur l'identité d'objet, les arrêts rapportés D. A. v° *Chose jugée*, n°s 164 et suiv., supp., n°s 60 et suiv.; et dans Sirey, *op. cit.*, *eod. v°*, n°s 251 et suiv.

§ **1130**. [1] L'application de l'idée de cause à la théorie de la chose jugée présente d'assez grandes difficultés pour qu'on ait proposé de supprimer le mot *cause* et de le remplacer par le mot *titre* (Bonnier, *op. cit.*, t. II, n° 867); mais, qu'on l'appelle cause ou titre, c'est du fondement de la demande qu'il s'agit, et c'est ce fondement qu'il est parfois malaisé de reconnaître. Un premier point, qui est certain, c'est que la cause est essentiellement distincte des moyens, des arguments de fait ou de droit, et des modes de preuve qu'on peut invoquer à l'appui : le demandeur débouté de sa revendication ne sera donc pas admis à remettre en question la chose jugée, en invoquant la prescription qu'il n'a pas opposée dans l'instance; l'auteur d'un délit civil condamné à des dommages-intérêts ne pourra dire pour ne pas les payer « *feci sed jure feci* », ou plaider que la victime du délit s'est exposée par sa faute au dommage dont elle a souffert; le créancier qui a échoué dans sa demande, faute de prouver par écrit qu'elle fût bien fondée, ne pourra pas agir à nouveau en offrant d'en fournir la preuve testimoniale (Demolombe, *op. cit.*, t. XXV, n°s 327 et suiv.; Aubry

Une somme est déposée par Primus à la Caisse des dépôts et consignations : Secundus prétend se la faire attribuer comme créancier du prix, non encore payé, d'une vente qu'il a consentie à Primus ; il peut encore, s'il succombe, réclamer cette somme en vertu d'un jugement qui condamne Primus à la lui payer à titre de dommages-intérêts[2]. De même, un ordre

et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 392 ; Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, n° 328 *bis*-X ; Griolet, *op. cit.*, p. 106). Un second point, que M. Griolet a signalé le premier (*Op. cit.*, p. 14 et 110), c'est qu'il n'y a rien à tirer, pour la solution des difficultés de cet ordre, du texte célèbre où Nératius s'exprime ainsi à propos des conditions de l'autorité de la chose jugée : « *Spectanda sunt personæ, id ipsum « de quo agitur, causa proxima actionis* » (Dig., L. 27, *De exc. rei jud.*, XLIV, II). Toullier a cependant vu dans cette loi le principe d'une distinction entre la *causa proxima actionis* et les *causæ remotæ*. La *causa proxima* consisterait dans le fait juridique qui sert de fondement direct et immédiat au droit prétendu ; les *causæ remotæ* seraient les circonstances qui concourent à constituer ou à justifier l'existence de la *causa proxima*. La seconde demande, formée (peu importe) par voie d'action ou d'exception, serait admise si elle avait une autre *causa proxima* que la première ; elle serait rejetée si la *causa proxima* était la même, les *causæ remotæ* fûssent-elles différentes. La *causa proxima* d'une demande en nullité fondée sur l'incapacité consisterait dans l'incapacité même, et le demandeur qui aurait succombé dans cette demande pourrait encore agir en nullité pour vice de forme, la *causa proxima* n'étant plus la même ; la minorité, l'interdiction, l'état de femme mariée seraient les *causæ remotæ* de la demande, et le demandeur qui aurait succombé en demandant la nullité pour cause de minorité ne pourrait la demander ensuite pour cause d'interdiction, la *causa proxima* restant la même et les *causæ remotæ* seules ayant changé (*Op. cit.*, t. X, n° 166 ; voy., dans le même sens, Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 392, Marcadé, *op. cit.*, sur l'art. 1351, n°s 6 et suiv., Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1351, n°s 60 et suiv.). Je reviendrai au même § sur l'application de ce système aux actions en nullité, et je me bornerai ici à faire remarquer : 1° que, si le mot *causa proxima* se trouve dans le texte en question, les *causæ remotæ* sont une invention des commentateurs ; 2° que Nératius n'enseigne en aucune façon ce qu'on prétend lui faire dire, et que *causa proxima actionis* signifie seulement, dans la loi 27, *id ipsum de quo agitur*. La suite du texte montre, en effet, que la seule pensée du jurisconsulte est d'opposer au droit déduit en justice les moyens allégués à l'appui de la prétention, lesquels ne peuvent jamais, comme on vient de le voir, constituer la cause de cette prétention : « *Nec jam interest quâ ratione quis eam causam actionis competere « existimasset, perinde ac si quis, posteaquam contra eum judicatum esset, « nova instrumenta causæ suæ reperisset* » (Bonnier, *op. cit.*, n° 876 ; Griolet, *op. et loc. cit.*). La cause qui doit être identique pour que l'autorité de la chose jugée se produise, c'est le fondement du droit ; pour sortir de l'abstraction, les causes sont identiques si la seconde action présente à juger le même point que la première, dans le cas contraire, elles sont différentes : ce qui revient à dire, comme on l'a vu au § **1127**, note 2, que l'identité des causes est une condition de l'identité des questions, et qu'il n'y a pas *eadem quæstio* si les deux demandes ne sont pas fondées sur la même cause. On trouvera dans la suite de ce § les principales conséquences de ce principe. Voy., sur l'identité de cause au point de vue de l'application de l'article 1351, Dalloz et Vergé, *op. cit.*, art. 1351, n°s 530 et suiv. ; Sirey, *op. cit.*, n°s 280 et suiv.

[2] Je ne distingue pas suivant que la cause invoquée dans la seconde demande est postérieure à la première demande, ou qu'elle existait dès cette époque. Il peut arriver qu'en gardant la première fois le silence sur une cause déjà exis-

s'ouvre pour distribuer le prix d'un immeuble hypothéqué : Primus prétend s'y faire colloquer à la date du 1er août 1898, à raison d'une hypothèque qui lui a été consentie ce jour-là; il pourra, s'il succombe, réclamer la même collocation en vertu d'une hypothèque consentie à la même date à Secundus, et à laquelle il est lui-même subrogé[3].

tante, une partie soit réputée avoir renoncé à l'invoquer, et ne puisse plus, dès lors, l'invoquer dans une nouvelle instance. Ainsi Primus, actionné en revendication, excipe en vain de l'incompétence du tribunal devant lequel il est traduit, et est condamné à délaisser; mais il fait opposition aux poursuites en prétendant que, l'assignation étant nulle en la forme, n'a pas interrompu la prescription, laquelle s'est accomplie à son profit; son opposition n'est pas fondée, attendu qu'il devait opposer l'exception de nullité de l'assignation *in limine litis* (C. civ., art. 173), et qu'il en est déchu faute de l'avoir fait en temps utile. Si donc il échoue dans sa prétention, ce ne sera pas en vertu de l'article 1351 et parce qu'il y aurait chose jugée sur toutes les causes de nullité de l'assignation qui existaient déjà à l'époque où elle a été donnée; et, de fait, du moment que la cause nouvelle est invoquée, peu importe à quel moment elle a commencé d'exister : il n'y a pas *eadem quæstio*, et, par conséquent, l'autorité de la chose jugée n'existe pas (Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 325; Griolet, *Note* dans D. P. 76. 1. 465). Voy., sur ce qui constitue la cause dans les actions et exceptions de nullité, le § suivant.

[3] L'identité de cause n'est pas la seule qui manque ici : l'identité de personnes y fait aussi défaut, Primus n'étant pas la même personne lorsqu'il a plaidé, la première fois, en son nom et, la seconde fois, comme étant aux droits de Secundus (Voy. le § précédent). Les actions réelles font naître, au point de vue de l'autorité de la chose jugée, une difficulté particulière. Peut-on faire valoir, à l'appui du droit réel auquel on prétend, une cause qu'on n'aurait pas invoquée dans une instance antérieure où l'on a succombé? Primus, qui a revendiqué sans succès le fonds A comme légataire de Secundus, peut-il le revendiquer encore en vertu d'un autre testament, d'un contrat de vente, ou de tout autre acte entre-vifs? L'affirmative est universellement admise aujourd'hui, et je la tiens pour certaine. Il n'y a aucun motif de texte ou de raison pour apporter une exception aux principes en matière réelle, et pour interdire à la partie qui a succombé de renouveler le débat en posant une question qui n'est certainement pas *eadem quæstio*, car de ce que Primus n'a pas droit au fonds A en vertu d'un premier testament de Secundus, il ne résulte pas qu'il n'y ait pas droit en vertu d'un acte entre-vifs ou d'un autre testament (Toullier, *op. cit.*, t. X, n° 159; Duranton, *op. cit.*, t. XIII, n° 472; Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 324; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 397; Laurent, *op. cit.*, t. XX, nos 67 et suiv.; Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1351, n° 66; Bonnier, *op. cit.*, n° 874; Griolet, *De l'autorité de la chose jugée*, p. 133). Telle était déjà l'opinion de Pothier (*Op. cit.*, nos 895 et 896), et on opposerait à tort la doctrine romaine, car, s'il est vrai qu'aux termes de la loi 14, § 2, au Digeste, *De exceptione rei judicatæ* (XLIV, II), « *quum in rem ago omnes causæ unâ petitione adprehen-* « *duntur* », le jurisconsulte romain a soin de restreindre cette proposition, fort contestable en soi, au cas où l'on agit *non expressâ causâ* (Aj. Dig., L. 11, § 2, *De exc. rei jud.*, XLVI, II). La règle « *Omnes causa unâ petitione adprehen-* « *duntur* » se trouve ainsi limitée à une hypothèse qui ne saurait vraisemblablement se présenter aujourd'hui, celle d'une action réelle intentée d'une manière vague et sans allégation d'une cause déterminée : « Attendu que Primus est propriétaire « du fonds A; que le fonds A a une servitude de passage sur le fonds B, etc... ». On n'oubliera pas, en effet, que l'exploit d'ajournement doit contenir, à peine de nullité, l'exposé sommaire des moyens (Voy. t. II, § **653**) : s'il le contient,

§ **1131**. L'identité de cause n'est pas toujours aussi évidente : on se demande surtout comment il faut l'entendre dans les actions en nullité, et si, pour se soustraire à l'exécution d'une convention, on peut faire valoir successivement, comme autant de causes différentes, toutes les nullités de fond ou de forme qui peuvent l'affecter[1]. Ce serait, dit-on, « une véritable calamité »[2], et, pour l'éviter, deux systèmes ou plutôt deux expédients ont été proposés. Le premier consiste à grouper les nullités entre elles — incapacités, vices de forme, vices du consentement — et à dire que, l'une d'elles ayant fait l'objet d'un jugement, il y aura chose jugée pour toutes les nullités du même groupe[3]. Le second, plus radical, part de cette idée que la demande a pour objet l'inexécution de la convention, pour cause la nullité de cette convention, et pour moyens à l'appui les différents vices qu'on y relève[4]. Ainsi, des auteurs disent : « Le dol et la violence sont des « causes de nullité du même groupe, mais l'incapacité du « mineur appartient à un autre groupe; vous avez demandé « la nullité pour dol, et vous voulez la demander encore : « pour incapacité, soit; pour violence, non pas ». D'autres répondent : « Ces classifications sont incertaines et arbitraires; « où mettra-t-on l'incapacité d'un témoin instrumentaire? « est-ce un vice à part ou un vice de forme[5]? Peu importe :

la cause de la demande est *expressa;* s'il ne le contient pas, la nullité en a été prononcée ou couverte par des conclusions au fond. Au premier cas, l'instance n'est pas liée, et il n'y a pas chose jugée; au second cas, il est impossible que la cause de la demande ne ressorte pas du rapprochement des conclusions et du jugement (Voy., sur ce point, Demolombe, *op. et loc. cit.;* et, sur la loi 14, § 2, au Digeste, *De exceptione rei judicatæ*, de Savigny, *op. cit.*, t. VI, p. 461 et suiv., 507 et suiv.).

§ **1131**. [1] Même question pour les actions en rescision (Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 329; voy., sur ces actions, t. I, § **329**).

[2] Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 331.

[3] Toullier, *op. cit.*, t. X, n°s **166** et suiv. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 394 et suiv. Marcadé, *op. cit.*, t. V, sur l'art. 1351, n°s 6 et suiv., et *De l'autorité de la chose jugée* (dans la *Revue de législation, loc. cit.*). Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1351, n°s 81 et suiv. C'est la principale application de la prétendue distinction de la *causa proxima* et des *causæ remotæ* (Voy., sur ce point, le § précédent, note 1) : la nullité serait la *causa proxima*, et les *causæ remotæ* seraient les moyens invoqués à l'appui.

[4] Bonnier, *op. cit.*, n° 876. Griolet, *op. cit.*, p. 109 et suiv.

[5] On n'est pas d'accord sur ce point. Marcadé regarde cette irrégularité comme un vice de forme (*Op. cit.*, t. V, sur l'art. 1351, n° 6); un arrêt la met dans une catégorie spéciale (Req. 1er juin 1814; D. A. *v° cit.*, n° 199).

« vous avez demandé la nullité de votre engagement, et le tri-
« bunal l'a déclaré valable; vous n'avez donc plus le droit de
« l'attaquer ». La vérité est que la première solution n'en est pas une — ses défenseurs ne sont même pas d'accord sur le groupement des nullités[6] — et que la seconde solution n'est pas admissible. Le tribunal, aux yeux duquel la preuve du dol n'a pas été faite, n'a jugé ni que le débiteur fût capable ni que son consentement fût libre, et on peut le contester encore; ces questions sont nouvelles, et le jugement rendu sur celle de dol n'a pas d'autorité quant aux deux autres[7]. Je décide donc qu'autant on aura de nullités à faire valoir autant on pourra former de demandes, et que, s'il en résulte quelque inconvénient, ce n'est pas une raison « pour « sacrifier les droits des individus à l'intérêt général »[8].

§ **1132**. Une question de même nature, et qui n'est guère moins controversée, est de savoir si le débiteur condamné à payer peut exciper ensuite d'une cause de libération qui existait dès lors, mais qu'il ignorait, dont il ne s'est plus souvenu, ou dont il n'avait pas la preuve en main. On l'y admettait autrefois d'une manière absolue, et le débiteur, condamné faute de prouver qu'il avait déjà payé, pouvait ensuite, ayant retrouvé sa quittance, former opposition aux poursuites et même agir en répétition de l'indû : « ce n'est pas attaquer le « jugement, disaient les anciens auteurs, mais prouver qu'on « l'a exécuté d'avance, car les condamnations au paiement « s'entendent toujours par argent ou quittance »[1], c'est-à-

[6] Voy. la note précédente.

[7] On trouve ici une des principales applications du principe que l'identité d'objet et l'identité de cause reviennent, en définitive, à l'identité des questions (Voy. *suprà*, § **1127**, note 2).

[8] Laurent, *op. cit.*, t. XX, nos 73 et suiv. Voy., dans le même sens, Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, no 334. Il en sera de même, à plus forte raison, dans le cas où une convention sera tout à la fois annulable ou rescindable, et révocable ou résoluble : les causes de révocation ou de résolution pourront être proposées après celles de nullité ou de rescision (Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, no 336; Bonnier, *op. et loc. cit.*; Griolet, *op. cit.*, p. 113; Boitard, *Compte rendu de la* Théorie de la procédure civile *de Bonoenne*, dans la *Revue de législation*, t. I, 1833, p. 192 et suiv.). *Quid* des causes d'extinction? Peut-on les faire valoir après un jugement qui a reconnu l'existence de la dette et l'a déclarée valable? Voy. le § suivant.

§ **1132**. [1] Duparc-Poullain, *op. cit.*, t. X, p. 961. Aj. Rodier, *op. cit.*, p. 577.

dire qu'un débiteur condamné à s'acquitter s'exécute non-seulement en payant, mais encore en prouvant qu'il a déjà payé[2]. Cette opinion n'a plus cours aujourd'hui[3], et il est unanimement reconnu qu'en dehors du dol du créancier qui aurait retenu les pièces d'où résulte la libération du débiteur — c'est un cas de requête civile[4] — c'est remettre en question la chose jugée que de prétendre avoir payé quand un jugement déclare qu'on ne l'a pas fait, et que l'article **1351** s'oppose absolument à ce qu'on vienne, avec de nouvelles preuves, reproduire en justice une prétention déjà condamnée[5]. Dès lors, trois opinions seulement demeurent en présence. 1° Le débiteur condamné à payer n'est plus jamais recevable à se dire libéré[6]. 2° Il n'y est pas admis si le débat a roulé sur l'existence actuelle de la dette, mais un jugement qui se borne à déclarer qu'elle a été valablement contractée ne l'empêche pas de plaider qu'elle est éteinte[7]. 3° Il peut même prouver qu'il a payé, lorsqu'il n'a excipé dans le premier débat que d'une novation, d'une remise de dette ou d'une cause de compensation, et le seul cas où il ne puisse produire une pièce libératoire est celui où il a vainement prétendu avoir déjà payé[8]. Cette dernière opinion, qui est la plus large, est aussi la plus juridique : il n'y a pas *eadem quæstio,* lorsqu'on a plaidé la première fois qu'il y a novation, remise de dette ou compensation, et la seconde fois qu'il y a paiement; il n'y a même pas *eadem causa*, car la prétention du débiteur a pour objet de faire juger qu'il ne doit pas, et pour cause le mode de libération qu'il invoque; or la novation, la remise de dette et la compensation sont des causes de

[2] C'est ce qu'exprime un jugement du tribunal de commerce de Saint-Etienne, du 14 mars 1867, portant condamnation à payer la somme de 900 francs « en « deniers ou quittances valables » (D. P. 70. 1. 19; voy., sur cette manière de juger, *suprà*, § **1119**, note 7).

[3] La jurisprudence l'a suivie pendant quelque temps (Req. 27 juin 1811, D. A. *v° cit.*, n° 376; Colmar, 3 févr. 1825, Paris, 8 août 1838, D. A. *v° cit.*, n° 377).

[4] Voy. le tome VII.

[5] Voy. les auteurs cités aux notes suivantes.

[6] Griolet, *op. cit.*, p. 172.

[7] Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 337 et suiv. Laurent, *op. cit.*, t. XX, n° 154. Bonnier, *op. cit.*, t. II, n° 875. Req. 6 juin 1859 (D. P. 59. 1. 458). Civ. rej. 2 juill. 1861 (D. P. 61. 1. 479).

[8] Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 402. Civ. cass. 22 juill. 1897 (D. P. 97. 1. 614; S. 98. 1. 79).

libération, le paiement en est une autre [9]. Quant à savoir si le tribunal pourrait, en condamnant le débiteur malgré l'exception de paiement qu'il a invoquée, lui réserver la *condictio indebiti* ou le droit de s'opposer aux poursuites, je l'ai résolue négativement au § **1119** [10].

§ **1133**. Identité de personnes, identité d'objet, identité de cause : ce n'est pas encore assez pour que l'autorité de la chose jugée se produise. Il faut de plus — ce que l'article 1351 ne dit pas — que le jugement soit de nature à la créer, et, pour cela, quatre conditions sont nécessaires : 1° que ce soit un véritable jugement; 2° qu'il émane d'un tribunal français; 3° qu'il ait été rendu en matière contentieuse; 4° qu'il résolve définitivement un point débattu entre les parties. 1° L'autorité de la chose jugée suppose un jugement; aussi la cour de cassation a-t-elle considéré une décision qui n'était pas signée du juge qui l'avait rendue, comme une pièce informe, sans caractère officiel ni autorité de chose jugée [1]. C'est l'application de ce principe général, que la présomption de vérité ne résulte pas d'actes dont on ne peut dire avec certitude s'ils émanent d'une autorité judiciaire ou d'un individu sans mandat [2]. 2° L'autorité de la chose jugée suppose encore la solution définitive d'un point litigieux; sinon, rien de jugé, donc pas d'autorité de chose jugée : « *res judicata dicitur* « *quæ finem controversiarum pronunciatione judicis accipit* » [3]

[9] Voy., sur la différence qui existe entre l'identité de question et l'identité de cause, *suprà*, § **1127**, note 2, et même §. La plupart des arrêts sont d'accord pour écarter la première des trois opinions que je viens de rapporter, mais ils ne se prononcent pas nettement entre les deux autres (Voy. Dalloz et Vergé, *op. cit.*, art. 1351, nos 1080 et suiv.; req. 5 août 1873, D. P. 74. 1. 470; Riom, 23 févr. 1882, D. P. 83. 2. 57).

[10] Voy. la note 7 de ce §.

§ **1133**. [1] Req. 14 juill. 1873 (D. P. 74. 1. 308).

[2] Laurent, *op. cit.*, t. XX, n° 14.

[3] Dig., L. 1, *De re jud.* (XLII, 1). Voy., sur ce principe, Merlin, *Répertoire*, vis *Interlocutoire*, § II, et *Preuve*, sect. II, § III, art. I, *Questions de droit*, vis *Chose jugée*, § I, et *Interlocutoire*, § II; Toullier, *op. cit.*, t. X, nos 116 et suiv.; Duranton, *op. cit.*, t. XIII, n° 453; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 368; Laurent, *op. cit.*, t. XX, n° 22; Griolet, *op. cit.*, p. 82 et 117; req. 27 oct. 1885 (D. P. 86. 1. 37). A ce point de vue, les jugements de donné acte sont des jugements définitifs, et la partie qui a passé les déclarations dont il est donné acte à son adversaire ne peut plus les rétracter : cela revient à dire que ces jugements ont l'autorité de la chose jugée (Req. 6 sept. 1814, civ. cass. 21 avr. 1840, D. A. v° *Chose jugée*, n° 28; req. 7 nov. 1854, D. P. 54. 1. 437; civ. rej. 24 juill.

Un jugement d'avant faire droit a donc l'autorité de la chose jugée s'il est définitif; il ne l'a plus, ou du moins il ne l'a qu'en partie, s'il est interlocutoire, préparatoire ou provisoire[4] : on trouvera aux §§ **1135** et suivants le développement de ce principe. 3° et 4° Je ne dirai rien, pour le moment, des deux autres conditions que suppose l'autorité de la chose jugée : je renvoie au tome VIII de ce Traité l'étude des questions relatives à l'autorité des jugements étrangers et des actes de juridiction gracieuse[5]. Je laisse également de côté les décisions disciplinaires et les jugements dits « d'ex« pédient » ou « jugements convenus » : je renvoie, quant aux unes, au § **1153**, où l'on verra qu'elles n'ont pas d'autorité au civil[6]; j'expliquerai au tome VII que les autres sont plutôt des transactions homologuées en justice, qu'ils jouissent moins de l'autorité des jugements que de celle des conventions, et qu'ils ne doivent pas être attaqués, le cas échéant, par les voies de recours propres aux décisions judiciaires, mais par des actions en nullité ou en rescision. Je réserve, enfin, pour le tome VIII la question de savoir si les ordonnances rendues par un seul juge, et spécialement celles de référé, possèdent l'autorité de la chose jugée.

§ **1134**. Par contre, tout jugement qui réunit les conditions énumérées au début de ce § a l'autorité de la chose jugée, et de ce principe résultent trois conséquences.

1° Cette autorité est indépendante du caractère de la juridiction qui a statué : tribunal de droit commun ou d'exception[1],

1867, D. P. 67. 1. 327; Nancy, 15 juin 1876, D. P. 77. 2. 153; req. 21 juin 1877, D. P. 77. 5. 81; civ. cass. 30 juin 1880, D. P. 81. 1. 20; voy. cep. civ. cass. 11 août 1885, D. P. 86. 1. 166).

[4] Voy., sur la distinction des jugements d'avant faire droit en jugements définitifs, préparatoires, interlocutoires et provisoires, *suprà*, § **1044**.

[5] Voy. aussi, sur la juridiction gracieuse, t. I, §§ **61** et **67**.

[6] Voy. aussi, sur l'action et la juridiction disciplinaires, t. I, §§ **150** et suiv., **241** et suiv., **272** et suiv.

§ **1134**. [1] Griolet, *op. cit.*, p. 83. Si les tribunaux d'exception ont moins de pouvoirs que ceux de droit commun, ce n'est pas sous ce rapport (Voy. t. II, §§ **410** et suiv., **441** et suiv.). Les ordonnances du juge commis aux ordres ont autorité de chose jugée quant aux décisions qu'elles contiennent et aux collocations qu'elles ordonnent (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 368; Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1351, n° 13; trib. de la Seine, 12 janv. 1877, D. P. 78. 3. 7; voy., pour plus de détails, le tome V). Les ordonnances de référé ont autorité de chose jugée, en ce sens que le magistrat qui les a rendues ne peut les rapporter

juridiction civile ou administrative[2] — je ne dis rien encore des jugements criminels — corps judiciaire constitué ou simple arbitre[3], tribunal français proprement dit ou tribunal indigène siégeant aux colonies[4], tous donnent à leurs sentences l'autorité de la chose jugée; et même en Algérie, où la loi musulmane n'admet pas l'irrévocabilité des jugements[5], les tribunaux musulmans ont, aux yeux de la loi française, l'autorité de la chose jugée[6].

ou les modifier sans qu'un changement soit survenu dans les faits de la cause ou dans la situation des parties (Paris, 27 avr. 1844; D. A. v° *Référé*, n° 94); mais leur caractère intérimaire et provisoire ne permet pas de les invoquer devant le juge du fond comme ayant l'autorité de la chose jugée (Req. 4 nov. 1863, D. P. 64. 1. 35; Nancy, 31 août 1867, D. P. 68. 2. 150); ce qui n'empêche pas les juges du fond de prendre régulièrement pour base de leur décision une expertise ordonnée en référé, et à laquelle il a été dûment procédé (Req. 15 juin 1874, D. P. 76. 1. 167; voy., sur les formes de l'expertise, t. II, §§ **350** et suiv.; et, sur le référé, le tome VIII). Les ordonnances du juge taxateur n'ont pas, en principe, l'autorité de la chose jugée, et ne font pas obstacle à ce que les parties saisissent les tribunaux de leurs réclamations : la taxe des frais dus aux notaires, aux avoués et aux huissiers fait exception, en ce sens qu'elle ne peut être attaquée que par opposition avec les formes et dans les délais fixés par la loi du 24 décembre 1897 (Art. 4; voy. *infrà*, §§ **1203** et **1205**), mais telle est la règle : 1° pour la taxe de leurs honoraires, dont la réduction peut être demandée par action principale et suivant les formes ordinaires de procédure (Voy., en ce sens, pour les notaires, civ. cass. 21 avr. 1845, D. P. 45. 1. 235; civ. rej. 7 janv. 1846, D. P. 46. 1. 14; civ. cass. 15 mars 1847, D. P. 47. 1. 152; Orléans, 7 janv. 1852, D. P. 52. 2. 198), sauf par la partie qui, ayant accepté cette taxe, n'est plus recevable à l'attaquer (Req. 13 mars 1866; D. P. 66. 1. 341); 2° pour la taxe des honoraires d'un séquestre judiciaire, qui peut aussi être attaquée par action directe et principale : l'arrêt de cassation, du 22 août 1871 (D. P. 71. 1. 136), n'y est pas contraire, car, dans l'espèce, le demandeur avait accepté la taxe, et, suivant ce qui vient d'être dit, il n'avait plus le droit de la contester.

[2] Les jugements des conseils de préfecture et du conseil d'État ont autorité au civil (Griolet, *op. cit.*, p. 84; Chambéry, 15 janv. 1879, D. P. 81. 2. 40). Il en est de même des décisions du tribunal des conflits (Req. 3 janv. 1876; D. P. 76. 1. 221), et de toutes autres décisions contentieuses rendues par la juridiction administrative (Req. 8 août 1853; D. P. 54. 5. 396; req. 1er août 1888, D. P. 89. 1. 341, S. 91. 59). Pourquoi *contentieuses?* voy. le § précédent.

[3] Aubry et Rau, *op. et loc. cit.* Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1351, n° 5. Civ. rej. 25 juill. 1882 (D. P. 83. 1. 243).

[4] Griolet, *op. et loc. cit.*

[5] Voy., sur ce point, Alger, 16 oct. 1861 et 25 mai 1863 (D. A. v° *Organisation de l'Algérie*, n° 792).

[6] L'avaient-ils avant le décret du 1er octobre 1854, qui a reconnu aux tribunaux mulsumans d'Algérie la juridiction omnipotente qu'ils possédaient avant la conquête (Voy., sur ce décret abrogé par celui du 31 décembre 1879, le rapport adressé par M. de Chasseloup-Laubat à l'empereur, D. P. 60. 4. 32, n° 5)? La question est controversée (Voy. les deux arrêts cités à la note précédente, et Alger, 4 janv. 1865 (D. A. v° *cit.*, n° 779). En tout cas, ces jugements ont certainement, depuis cette époque, l'autorité de la chose jugée (Griolet, *op. et loc. cit.*; Alger, 11 juill. 1860 et 6 juin 1864, D. A. v° *cit.*, n° 792; civ. cass. 13 déc. 1864, D. P.

2° Peu importent aussi l'incompétence du juge[7] et même les vices de forme qui peuvent se trouver dans le jugement[8], car on verra plus tard que la nullité des décisions judiciaires ne peut se poursuivre que par les voies légales de recours[9], et on sait déjà que la présomption « *Res judicata pro veritate* « *habetur* » résulte, au moins provisoirement, d'un jugement susceptible d'un recours même ordinaire[10].

3° Il n'appartient pas aux juges d'en affaiblir l'autorité par des réserves expresses ou mentales qui leur permettraient de revenir sur leur décision[11]. Rien n'empêche un jugement d'être conditionnel, et un tribunal de condamner une partie à des dommages-intérêts si elle cause tel dommage ou si elle n'exécute pas telle obligation[12]. A plus forte raison l'obstacle légal qui s'oppose actuellement au succès d'une demande laisse-t-il, en disparaissant, le demandeur libre de la reproduire — c'est le cas d'une créance conditionnelle dont le créancier a poursuivi le paiement avant l'arrivée de la condition[13] — mais quelque chose rappelle ici la règle

65. 1. 142). Les arrêts précités des 11 juillet 1860 et 6 juin 1864 décident, en outre, que les jugements des tribunaux musulmans ne nuisent ni ne profitent aux tiers, et l'arrêt du 13 décembre 1864 n'y contredit pas : une telle dérogation à l'article 1351 du Code civil serait inexplicable, et l'arrêt se borne à décider que la chose jugée en Algérie sur la propriété d'un immeuble litigieux est opposable aux créanciers hypothécaires de la partie qui succombe, leur hypothèque fût-elle antérieure à l'engagement de l'instance. C'est la conséquence d'une jurisprudence que j'ai combattue *suprà*, § **1128**, note 7, et une très fausse application, suivant moi, du principe que la chose jugée est opposable aux personnes représentées par la partie qui succombe; mais ce n'est pas la négation, que rien ne justifierait, de l'adage « *Res inter alios judicata aliis nec nocet nec prodest* ». Aj., sur la constitution des tribunaux musulmans en Algérie, la 1re édition de ce Traité, t. I, § **22**.

[7] Merlin, *Questions de droit*, v° *Chose jugée*, § III. Toullier, *op. cit.*, t. V, n°s 111 et suiv. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 369. Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1351, n° 11. Bonnier, *op. cit.*, n° 860. Nancy, 13 févr. 1867 (D. P. 67. 2. 36). Civ. cass. 20 août 1867 (D. P. 67. 1. 376). Req. 1er août 1872 (D. P. 72. 1. 340). Civ. cass. 12 mars 1873 (D. P. 73. 1. 366). Rouen, 23 mars 1874 (D. P. 75. 2. 213).

[8] Toullier, *op. et loc. cit.*, t. X, n° 3. Aubry et Rau, *op. et loc. cit.* Laurent, *op. cit.*, t. XX, n°s 11 et suiv. Larombière, *op. et loc. cit.* Civ. cass. 11 nov. 1873 (D. P. 73. 1. 455). Rouen, 18 avr. 1878 (D. P. 78. 2. 32).

[9] Voy. le tome V.

[10] Voy. *suprà*, § **1126**.

[11] Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 369.

[12] Griolet, *op. cit.*, p. 175. Voy. encore, sur les jugements conditionnels, Agen, 14 nov. 1828, Amiens, 15 nov. 1828 (D. A. v° *cit.*, n° 299); Nîmes, 7 janv. 1833 (D. A. v° *Défense*, n° 215); cons. d'Ét. 17 avr. 1834 (D. A. v° *Chose jugée*, *loc. cit.*); req. 10 déc. 1872 (D. P. 73. 1. 351).

[13] Aubry et Rau, *op. et loc. cit.* Larombière, *op. cit.*, sur l'art. 1351, t. VII, n°s 25, 69 et 70. La plus-pétition n'existe pas en droit français, surtout la plus-

« Donner et retenir ne vaut », et je comparerais volontiers le tribunal au donateur qui ne peut soumettre sa donation à des conditions potestatives de sa part, mais seulement à des conditions casuelles ou dépendant de la volonté du donataire[14]. J'ai fait une première application de ce principe aux jugements qui statuent « tous droits réservés », « en l'état » ou « quant à présent »[15], et je crois qu'on attenterait également à l'autorité de la chose jugée en déclarant comminatoires[16] ceux qui fixent un certain délai pour faire une option ou pour fournir une justification, ou qui condamnent à des dommages-intérêts par chaque jour de retard en cas d'inexécution d'une obligation[17]. Les juges qui ne peuvent ni modifier la peine stipulée pour l'inexécution des obligations[18], ni accorder un délai pour l'exécution du pacte commissoire lorsqu'il a été convenu que le contrat serait résolu de plein droit[19], ne sont pas moins liés par leur propre jugement,

pétition *tempore* (Voy., sur ce point, t. II, § **663**); il n'est même pas sûr qu'elle existât, dans ce cas, en droit romain, et que le créancier qui avait agi *ante conditionem* n'eût pas le droit d'agir à nouveau quand la condition s'était réalisée (Voy., sur ce point, Inst. Just., liv. IV, tit. VI, § 33; Dig., LL. 36, *De reb. cred.*, XII, I, 13, § 5, *De pign. et hyp.*, XX, I, 43, § 9, *De æd. ed.*, XXI, I; Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, n° 862).

[14] C. civ., art. 944. On sait qu'en prohibant dans les donations entre-vifs les conditions « dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur », cet article n'a pas seulement en vue les conditions purement potestatives, mais encore celles qui sont simplement potestatives (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VII, p. 366). Je rappelle, en outre : d'une part, que ces conditions sont licites dans les donations faites par contrat de mariage (C. civ., art. 1086); d'autre part, que les conditions dont l'exécution ne dépend pas de la seule volonté du donateur sont réputées non écrites lorsqu'elles sont impossibles, immorales ou illicites (C. civ., art. 900).

[15] Voy. *suprà*, § **461**.

[16] Il ne s'agit plus des jugements comminatoires dans le sens de la jurisprudence du parlement de Rennes (Voy. *suprà*, § **1119**, note 7); ce mot est pris ici dans le sens de l'article 1029 (Voy. t. II, § **530**), et signifie des jugements qui ne sont qu'une menace, et dont l'exécution n'est pas nécessairement encourue par celui-là même qui s'est mis dans le cas prévu par leur dispositif.

[17] Laurent, *op. cit.*, t. XX, n°s 142 et suiv. M. Griolet désapprouve aussi, mais moins énergiquement (*Op. cit.*, p. 176), cette manière d'entendre et d'appliquer les jugements dont il s'agit. Que valent en eux-mêmes ces jugements, et que faut-il penser de cette manière d'assurer l'exécution des décisions judiciaires ? La jurisprudence n'hésite pas à l'admettre, mais elle soulève des objections très graves (Voy., sur ce point, le tome IV).

[18] A moins, bien entendu, que l'obligation n'ait été exécutée partiellement, ou que le montant de la clause pénale ne soit, en cas d'obligation de payer une somme d'argent, supérieur aux intérêts légaux de cette somme.

[19] Demolombe, *op. cit.*, t. XXV, n°s 550 et suiv. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 84. Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, n° 105 *bis*-II. Laurent, *op. cit.*, t. XVII, n° 165. Larombière, *op. cit.*, t. III, sur l'art. 1184, n° 55. Nimes, 22 août 1809

lorsqu'il attache une déchéance ou des dommages-intérêts à l'expiration d'un délai : c'est donc à tort qu'une jurisprudence à peu près établie les autorise à proroger ce délai, à réduire les dommages-intérêts, et même à en décharger complètement la partie qui les a encourus, sous prétexte que le délai n'était pas de rigueur ou que la condamnation n'était pas définitive [20].

§ **1135**. L'interlocutoire préjuge le fond[1], et c'est pour cela qu'il est permis d'en appeler immédiatement[2]; mais quelle est, au juste, la force de ce préjugé? Enchaîne-t-il la liberté du tribunal par l'autorité de la chose jugée, ou faut-il dire avec les anciens auteurs : « L'interlocutoire ne lie pas « le juge; *judici ab interlocutorio discedere licet* »[3]? Cette question se résout par une distinction[4].

(D. A. v° *Obligations*, n° 1204). Rennes, 2 avr. 1828 (D. A. v° *Louage*, n° 540). Bordeaux, 4 juill. 1829 (D. A. v° *Jugement*, n° 464). Liège, 9 août 1841 (D. A. v° *Obligations*, *loc. cit.*).

[20] Voy., en ce sens : 1° sur les décisions qui peuvent être tenues pour comminatoires, req. 21 juin 1809, 22 janv. 1812 et 6 nov. 1822 (D. A. v° *cit.*, n° 386), req. 28 déc. 1824 (D. A. v° *cit.*, n° 390), civ. rej. 7 août 1826, Paris, 20 août 1828, req. 2 déc. 1828 (D. A. v° *cit.*, n° 387), civ. cass. 15 nov. 1830 (D. A. v° *cit.*, n° 385), req. 10 juill. 1832, civ. rej. 11 mars 1834 (D. A. v° *cit.*, n° 388), civ. rej. 4 juin 1834 (D. A. v° *cit.*, n° 389), req. 22 nov. 1841 (D. A. v° *Jugement*, n° 321), Nancy, 16 août 1844 (D. A. v° *Chose jugée*, n° 390), Orléans, 3 déc. 1859 (D. P. 60. 2. 9), Montpellier, 1er avr. 1862 (D. P. 62. 5. 112), req. 8 nov. 1864 (D. P. 65. 1. 389), Bordeaux, 5 mai 1870 (D. P. 70. 2. 208); 2° sur celles qui fixent des délais de rigueur ou prononcent des condamnations définitives, Nîmes, 14 therm. an XII (D. A. v° *cit.*, n° 363), civ. cass. 1er avr. 1812 (D. A. v° *Jugement*, n° 462), Grenoble, 24 juin 1825 (D. A. v° *Appel civil*, n° 1218), req. 12 août 1828 (D. A. v° *Vérification d'écriture*, n° 84), civ. rej. 30 mai 1843 (D. A. v° *Chose jugée*, n° 391), civ. rej. 24 janv. 1865 (D. P. 65. 1. 226), Douai, 28 nov. 1873 (D. P. 75. 2. 31), req. 14 juill. 1874 (D. P. 75. 1. 460).

§ **1135**. [1] En quel sens? Voy. *suprà*, § **1045**.

[2] Voy., sur ce point, le tome VI.

[3] Voy. Merlin, *op. cit.*, v° *Interlocutoire*, § I, *Questions de droit*, v° *Chose jugée*, § XIII; Duparc-Poullain *op. cit.*, t. IX, p. 493 et suiv.; Glasson, *Les sources de la procédure civile française*, p. 86. Dans le droit canonique, l'interlocutoire liait le juge (Glasson, *op. et loc. cit.*). Il acquiert aujourd'hui la force de chose jugée, qu'il ne faut pas confondre avec l'autorité de la chose jugée (Voy. *suprà*, § **1126**), par cela seul qu'il n'a pas été attaqué par les voies de recours ordinaires dans les délais fixés par la loi (Civ. cass. 5 nov. 1890; D. P. 91. 1. 149; S. 92. 1. 556).

[4] La question de chose jugée ne peut guère se poser que dans ces termes lorsqu'il s'agit de jugements interlocutoires, car on conçoit difficilement qu'on remette en question dans une autre instance la solution contenue dans un jugement de cette nature. Si l'instance où il a été rendu s'est terminée par une décision au fond, le débat se rouvrira sur cette dernière, elle communiquera son autorité aux jugements interlocutoires qui l'auront précédée, et ils auront force de chose jugée dans la même mesure qu'elle. Si l'instance à laquelle se rattache un juge-

§ **1136**. *a*. L'interlocutoire lie le juge à deux points de vue. 1° Le principe du dessaisissement[1] s'applique à ce jugement comme à tous les autres, de sorte que le tribunal n'y peut jamais revenir, ni pour le rétracter formellement, ni pour en détruire l'effet par une décision ultérieure. D'où cette double conséquence : 1) que le tribunal qui ordonne un moyen de preuve ne peut dire, par un second jugement, que cette preuve n'est pas admissible[2]; 2) qu'il ne peut pas non plus statuer au fond avant que cette preuve ait été administrée, car le plaideur qui a obtenu de la faire y a maintenant un droit acquis, et, dût-elle n'avoir aucune influence sur le jugement définitif, il faut qu'elle se fasse, à moins que ce plaideur n'y renonce[3]. 2° Lorsqu'un jugement contient deux décisions, l'une interlocutoire l'autre définitive, la seconde lie le juge, quoi qu'il arrive de la première[4]. Si donc

ment interlocutoire n'a pas abouti à une solution définitive, elle est périmée, et l'on verra au tome VII que la péremption d'instance empêche d'opposer les actes de la procédure éteinte et de s'en prévaloir. Toutefois, s'il arrivait, en fait, qu'un débat se rouvrit sur la décision contenue dans un pareil jugement, alors qu'aucune solution n'est intervenue sur le fond ou sans que la décision du fond fût elle-même remise en question, le jugement interlocutoire aurait la même autorité de chose jugée que dans l'instance même où il a été rendu, et à l'égard des juges qui sont encore saisis de cette instance, et cette question devrait être résolue à l'aide des principes qui vont être posés. D'autre part, la question de savoir si l'interlocutoire lie le juge est indépendante de celle de savoir quelles inductions ce dernier a le droit de tirer des faits relevés dans ce jugement, et au sujet desquels il est intervenu : si, par exemple, le tribunal a ordonné une expertise et qu'une partie l'ait rendue inefficace en refusant de s'y prêter, il a été jugé à bon droit qu'il peut y tirer un motif suffisant de la condamner (Req. 22 mars 1897; D. P. 97. 1. 356).

§ **1136**. [1] Voy., sur ce principe, *suprà*, § **1118**.

[2] Laurent, *op. cit.*, t. XX, n° 26. Req. 23 juill. 1830 (D. A. v° *Jugement d'avant dire droit*, n° 28). Req. 27 juin 1831 (D. A. v° *Chose jugée*, n° 48). Req. 18 avr. 1832 (D. A. v° *Servitudes*, n° 1063). Req. 9 avr. 1833 (D. A. v° *Droit maritime*, n° 988). Req. 20 janv. et 20 déc. 1836 (D. A. *v° et loc. cit.*). Req. 21 janv. 1839 (D. A. *v° cit.*, n° 51). Civ. rej. 27 mai 1839 (D. A. *v° cit.*, n° 48). Req. 28 nov. 1842 (D. A. *v° cit.*, n° 50). Civ. cass. 14 juin 1869 (D. P. 69. 1. 345). Civ. rej. 19 avr. 1870 (D. P. 71. 1. 244). Civ. cass. 4 juin 1872 (D. P. 73. 1. 486). Req. 29 juill. 1873 (D. P. 74. 1. 263). Aj. civ. cass. 8 juill. 1840 (D. A. v° *Compte*, n° 125); req. 26 juin 1893 (D. P. 95. 1. 47; S. 94. 1. 175). *Contrà*, Griolet, *op. cit.*, p. 119; req. 4 janv. 1842 (D. A. v° *Expert*, n° 273). Dans tous les cas, le tribunal qui a ordonné par jugement interlocutoire une expertise demeurée sans résultat, parce que l'expert ne l'a pas achevée ou a déclaré ne pouvoir se prononcer, a le droit de passer outre et de statuer au fond sans ordonner une nouvelle expertise (Req. 24 juin 1873, D. P. 74. 1. 55; req. 1er mars 1876, D. P. 77. 1. 55).

[3] Bordeaux, 23 juin 1828 (D. A. v° *Jugement d'avant dire droit*, n° 62). Req. 26 juin 1893 (D. P. 95. 1. 47; S. 94. 1. 175).

[4] Laurent, *op. et loc. cit.* Colmar, 29 nov. 1839 (D. A. v° *Jugement*, n° 14).

le tribunal décide avant dire droit que la charge de la preuve incombe à telle partie[5], et l'autorise en même temps à prouver par témoins les faits qu'elle allègue, il rend sur le premier point une décision définitive dont il n'a plus le droit de s'écarter, car elle a l'autorité de la chose jugée : il ne peut donc plus juger le fond en faveur de cette partie, en reconnaissant qu'elle n'a pas fait sa preuve, mais en ajoutant qu'elle n'avait pas à la faire. De même, lorsqu'un jugement d'avant faire droit décide, en matière de revendication, que le demandeur n'a pas de titre, mais l'admet à prouver sa possession par témoins, les juges sont liés sur le premier point par leur jugement, et ne peuvent plus donner gain de cause au demandeur en se fondant sur des titres dont ils ont commencé par déclarer l'absence ou l'insuffisance[6].

§ **1137**. *b*. L'autorité de l'interlocutoire se borne là, et le préjugé qui en résulte est purement hypothétique, en ce sens que le tribunal n'est pas tenu de donner au procès la solution définitive que ce jugement faisait prévoir. Ainsi Primus poursuit Secundus en paiement d'un billet de 1.000 francs que Secundus prétend n'avoir pas signé : le tribunal ordonne, à la demande de Primus, qu'il sera procédé à la vérification d'écriture. La vérification faite, il en résulte que Secundus est le signataire du billet, mais le tribunal peut encore le renvoyer de la demande, attendu que le billet ne porte pas, de sa main, le *bon* ou *approuvé* qu'exige l'article **1326** du

Nimes, 10 déc. 1830 (D. A. v° *Jugement d'avant dire droit*, n° 63). Aj., dans le même sens, les arrêts cités *infrà*, note 6.

[5] A qui incombe le fardeau de la preuve? Voy. t. II, §§ **699** et suiv.

[6] Voy., en ce sens et sur des cas analogues, req. 20 déc. 1814, civ. cass. 4 déc. 1833 (D. A. v° *Chose jugée*, n° 49); civ. cass. 5 août 1868 (D. P. 68. 1. 454); civ. cass. 8 déc. 1869 (D. P. 70. 1. 31); civ. cass. 12 nov. 1878 (D. P. 79. 1. 459); civ. rej. 15 juill. 1878 (D. P. 79. 1. 131); civ. cass. 15 janv. 1879 (D. P. 79. 1. 336); req. 1er août 1887 (D. P. 88. 1. 112); civ. cass. 19 nov. 1888 (D. P. 89. 1. 22); civ. rej. 13 août 1889 (D. P. 90. 1. 309); civ. cass. 5 nov. 1890 (D. P. 91. 1. 149; S. 92. 1. 556); civ. rej. 27 janv. 1891 (D. P. 92. 1. 22, S. 91. 1. 464); Douai, 11 avr. 1893 (D. P. 94. 2. 235; S. 96. 2. 148); Amiens, 11 juill. 1893 (D. P. 94. 2. 449); crim. cass. 19 oct. 1893 (D. P. 95. 1. 489; S. 94. 1. 159); req. 3 août 1896 (D. P. 96. 1. 562); req. 25 mai 1897 (D. P. 97. 1. 550). Il en serait différemment si le jugement interlocutoire qui contient une décision définitive la donnait sous une forme conditionnelle (Req. 12 août 1851, D. P. 51. 1. 235; voy., sur l'autorité des jugements conditionnels, le § précédent), ou se bornait à poser un principe abstrait et théorique (Orléans, 17 août 1848, D. P. 49. 2. 1; Nancy, 31 déc. 1892, D. P. 94. 2. 300, voy. la note *ib.*).

Code civil[1]. Autre exemple : Primus réclame 150 francs à Secundus comme prix d'une vente conclue verbalement à Paris le 1er août 1898; Secundus nie cette vente, prétendant qu'il était absent de Paris ce jour-là, demande l'enquête, l'obtient, et produit des témoins qui affirment l'avoir vu à Lyon le même jour; le tribunal peut juger, sans méconnaître les résultats de l'enquête, que Secundus pouvait être à Paris le matin ou le soir du 1er août, et qu'il résulte de présomptions graves, précises et concordantes qu'il s'y trouvait effectivement[2]. C'est en ce sens que « l'in« terlocutoire ne lie pas le juge », et que « *judici ab interlo« cutorio discedere licet* ». Cette règle n'est pas moins conforme aux précédents qu'aux principes du droit : 1° aux précédents, car elle était suivie en droit romain et dans l'ancien droit français[3]; 2° aux principes, car on sait que l'autorité de la chose jugée ne s'attache pas aux opinions des juges mais seulement à leurs jugements[4], et le tribunal n'a émis qu'une opinion en laissant entendre qu'il y aurait lieu, si telle preuve était fournie, de juger en faveur de la partie qui l'a administrée. Aujourd'hui qu'il n'y a plus de preuves légales, et que toutes les raisons de décider sont laissées à l'appréciation du juge, il a le droit de changer d'avis jusqu'au prononcé du jugement, et il serait étrange que, revenu d'une première impression, il fût forcé de s'associer à un jugement que sa conscience réprouve ou que sa raison condamne[5]. On fait cependant deux objections : l'une se tire de

§ **1137**. [1] Voy., sur cette formalité, t. II, § **716**.

[2] Voy., sur les présomptions de l'homme, t. II, § **726**.

[3] Dig., L. 19, § 1, *De recept.* (IV, VIII) : « *Dicere sententiam existimamus « eum qui eâ mente quid pronunciat, ut secundum id discedere eos a totâ « controversiâ velit. Sed, si de pluribus rebus sit arbitrium receptum, nisi « omnes controversias finient, non videtur dicta sententia, sed adhuc erit a « prætore cogendus* ». Merlin, *op. et v° cit.* Duparc-Poullain, *op. et loc. cit.*

[4] Voy. *suprà*, § **1126**.

[5] Toullier, *op. cit.*, t. X, n° 96. Duranton, *op. cit.*, t. XIII, n° 452. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 368. Laurent, *op. cit.*, t. XX, n°s 23 et suiv. Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1351, n°s 15 et 16. Griolet, *op. cit.*, p. 118. Civ. rej. 27 niv. an XI (D. A. v° *Jugement d'avant dire droit*, n° 64). Bruxelles, 13 août 1811 (D. A. v° *Obligations*, n° 4760). Req. 28 août 1816 (D. A. v° *Jugement d'avant dire droit*, n° 68). Caen, 13 août 1823 (D. A. v° *Chose jugée*, n° 44). Req. 20 avr. 1825 et 2 févr. 1826 (D. A. *v° cit.*, n° 45). Req. 10 mai 1826 (D. A *v° cit.*, n° 46). Req. 11 janv. 1827 (D. A. v° *Obligations*, n° 4763). Req. 23 août 1827 (D. A. v° *Chose jugée*, *loc. cit.*). Bordeaux, 31 mars 1828 (D. A. v° *Jugement*, n° 958). Req. 10 févr. 1829 (D. A. v° *Chose jugée*, n° 50). Req. 5 mars 1829 (D. A. *v° cit.*, n° 46). Req. 13 juill. 1829 (D. A. *v° cit.*, n° 50). Req. 10

l'article 452, qui n'admettrait pas l'appel immédiat des jugements interlocutoires s'ils n'avaient pas autorité de chose jugée et ne liaient pas le juge qui les a rendus[6]; l'autre consiste à dire que, si l'appel est interjeté, l'interlocutoire confirmé, et l'affaire renvoyée au tribunal pour être jugée au fond, celui-ci sera certainement lié par l'interlocutoire, car il ne pourrait s'en écarter sans réformer l'arrêt de la cour[7]. Je réponds : d'une part, que les jugements interlocutoires

août 1829 (D. A. v° *Matières sommaires*, n° 27). Req. 13 avr. 1831 (D. A. v° *Chose jugée*, *loc. cit.*). Civ. rej. 23 nov. 1831 (D. A. v° *Prescription civile*, n° 849). Req. 24 nov. 1832 (D. A. v° *Cassation*, n° 306). Req. 21 avr. 1835 (D. A. v° *Vente*, n° 1639). Civ. cass. 9 mars 1836 (D. A. v° *Jugement*, n° 1012). Civ. rej. 22 juin 1836 (D. A. v° *Jugement d'avant dire droit*, n° 66). Req. 22 août 1836 (D. A. v° *Dispositions entre-vifs et testamentaires*, n° 4387). Civ. rej. 29 nov. 1836 (D. A. v° *Chose jugée*, n° 46). Nancy, 2 févr. 1838 (D. A. v° *Commune*, n° 2074). Civ. rej. 7 nov. 1838 (D. A. v° *Chose jugée*, *loc. cit.*). Toulouse, 2 juill. 1839 (D. A. v° *Compétence commerciale*, n° 331). Req. 24 juill. 1840 (D. A. v° *Chose jugée*, n° 50). Req. 23 nov. 1840 (D. A. v° *Action possessoire*, n° 708). Toulouse, 2 janv. 1841 (D. A. v° *Enquête*, n° 95). Ch. réun. cass. 26 déc. 1843 (D. A. v° *Compétence civile des tribunaux d'arrondissement*, n° 12). Civ. cass. 4 mars 1845 (D. P. 45. 1. 142). Civ. cass. 3 juill. 1850 (D. P. 50. 1. 198). Civ. rej. 14 mars 1853 (D. P. 53. 1. 83). Civ. rej. 22 août 1854 (D. P. 54. 1. 391). Grenoble, 3 déc. 1855 (D. P. 56. 2. 278). Req. 3 févr. 1863 (D. P. 64. 1. 185). Civ. rej. 28 août 1865 (D. P. 65. 1. 352). Req. 25 mars 1872 (D. P. 72. 1. 416). Req. 3 avr. 1872 (D. P. 72. 1. 415). Civ. cass. 4 juin 1872 (D. P. 73. 1. 486). Req. 25 nov. 1873 (D. P. 75. 1. 135). Civ. cass. 19 janv. 1874 (D. P. 74. 1. 141). Req. 15 nov. 1875 (D. P. 76. 5. 98). Req. 1er août 1876 (D. P. 77. 1. 24). Req. 30 avr. 1877 (D. P. 77. 1. 391). Req. 26 nov. 1877 (D. P. 80. 1. 76). Civ. rej. 15 juill. 1878 (D. P. 79. 1. 131). Req. 17 déc. 1878 (D. P. 79. 1. 255). Req. 30 déc. 1878 (D. P. 79. 1. 231). Angers, 19 févr. 1879 (D. P. 80. 2. 128). Req. 3 mai 1880 (D. P. 81. 1. 76). Req. 27 juill. 1880 (D. P. 81. 1. 117). Civ. cass. 11 janv. 1881 (D. P. 81. 1. 134). Req. 25 janv. 1881 (D. P. 81. 1. 252). Civ. rej. 23 janv. 1882 (D. P. 82. 1. 319). Civ. rej. 28 févr. 1882 (D. P. 83. 1. 150). Req. 19 déc. 1883 (D. P. 84. 1. 362). Besançon, 6 févr. 1884 (D. P. 85. 2. 31). Req. 31 mai 1886 (D. P. 87. 1. 14), Lyon, 27 déc. 1888 (D. P. 90. 2. 103). Req. 6 janv. 1891 (D. P. 91. 1. 479; S. 95. 1. 28). Req. 21 nov. 1894 (D. P. 95. 1. 277; S. 96. 1. 230), Nancy, 21 mars 1896 (D. P. 96. 2. 518). *Contrà*, req. 9 août 1808 (D. A. v° *Jugement d'avant dire droit*, n° 10); Nancy, 31 déc. 1892 (D. P. 94. 2. 300). Comp. Limoges, 25 juin 1890 (D. P. 92. 2. 570; voy. la note *ib.*); req. 26 févr. 1896 (D. P. 96. 1. 233). On ne peut pas dire qu'un tribunal ait contrevenu à cette règle, et se soit considéré comme lié par un jugement interlocutoire, lorsqu'il s'est borné à dire dans son jugement définitif que « l'appréciation de la cause déjà « formulée dans la décision qui a ordonné l'enquête reste entière, et se trouve « corroborée par les moyens d'instruction qui ont suivi » : il a seulement voulu dire par-là que le rejet de la demande a paru devoir résulter des divers éléments du procès (Req. 12 nov. 1895; D. P. 96. 1. 199). A plus forte raison le tribunal peut-il, par un second jugement, interpréter le jugement interlocutoire qui a été antérieurement rendu (Civ. rej. 17 févr. 1886, D. P. 86. 1. 249; voy., sur l'interprétation des jugements, *suprà*, § **1120**).

[6] Voy., pour plus de détails sur ce point, le tome VI.

[7] La cour qui aura confirmé l'interlocutoire renverra toujours le fond devant les premiers juges, car le droit d'évocation ne peut s'exercer que si l'interlocutoire est infirmé (Voy. le tome VI).

lient quelquefois le juge, et que, dans le cas contraire, le préjugé qu'ils créent est une menace assez grave pour justifier un appel immédiat[8]; d'autre part, que l'opinion du tribunal de première instance ne change pas de nature pour être partagée par la cour, et que le tribunal peut l'abandonner sans réformer pour cela l'arrêt qui n'a, lui aussi, que la valeur d'une opinion[9]. La seule exception qu'admettent ces principes est relative au serment décisoire, après lequel les juges ne peuvent se dispenser de donner raison à celui qui le prête et tort à celui qui le refuse[10], car c'est le résultat d'une transaction qui lie, comme toutes les conventions, les parties qui l'ont faite et le juge devant lequel elle est passée[11]. Si cet interlocutoire lie le juge à tous les points de vue, ce n'est pas, quoi qu'on ait pu dire, une raison pour appliquer la même règle à des preuves qui n'ont pas le caractère particulier de ce serment[12].

§ **1138**. Les jugements préparatoires et provisoires ont encore moins d'autorité.

[8] Voy., sur ce point, *suprà*, §§ **1044** et **1045**.

[9] Voy., sur le droit qu'a le tribunal de première instance de s'écarter d'un interlocutoire, même après que la cour d'appel l'a confirmé, req. 23 août 1827 (D. A. v° *Chose jugée*, n° 46).

[10] Voy., sur ce principe et sur les exceptions qu'il comporte, t. II, § **879**; et, sur l'autorité particulière du jugement interlocutoire qui ordonne la prestation de cette espèce de serment, Caen, 23 janv. 1824 (D. A. v° *Acquiescement*, n° 656), req. 8 déc. 1829 (D. A. v° *Obligations*, n° 5278).

[11] Voy., sur ce point, t. II, § **879**. Le serment supplétoire et le serment en plaids n'ont pas le même caractère (Voy. t. II, §§ **889** et **890**).

[12] L'application de la règle que l'interlocutoire ne lie pas le juge souffre encore moins de difficulté, lorsque la partie qui a obtenu ce jugement renonce à exécuter la mesure qu'il ordonne (Req. 2 juin 1829, D. A. v° *Chose jugée*, *loc. cit.*; req. 23 janv. 1872, D. P. 72. 1. 123). D'autre part, il n'est pas nécessaire, pour que le juge reste maître de son jugement définitif, que l'interlocutoire ait été exécuté de vive force, et ce dernier jugement ne lie pas plus le juge quand la partie contre laquelle il a été rendu y a expressément acquiescé ou s'est prêtée à son exécution, que lorsqu'elle s'y est laissé contraindre (Req. 14 juill. 1818, D. A. v° *Dispositions entre-vifs et testamentaires*, n° 3133, civ. rej. 22 juin 1836, D. A. v° *Chose jugée*, n° 50, civ. cass. 25 juill. 1837, D. A. v° *Action possessoire*, n° 318, civ. rej. 2 juill. 1839, D. A. v° *Eaux*, n° 563, req. 25 avr. 1842, D. A. v° *Chose jugée*, n° 48, req. 30 janv. 1856, D. P. 56. 1. 133; voy. cep. req. 15 juin 1831, D. A. v° *et loc. cit.*). La seule question qui puisse s'élever alors est de savoir si cette partie peut appeler d'un jugement interlocutoire après y avoir acquiescé ou l'avoir exécuté volontairement (Voy., sur ce point, le tome VI). Enfin, si le juge est toujours libre de s'écarter du jugement interlocutoire qu'il a rendu, il est clair que rien ne l'y oblige, et qu'on ne peut lui faire un grief de ce qu'il a jugé le fond dans le sens que l'interlocutoire faisait préjuger (Req. 21 nov. 1822, D. A. v° *Degrés de juridiction*, n° 558; req. 23 juill. 1874, D. P. 75. 5. 72) : c'est ce qu'il fait le plus souvent, et c'est justement pour cela que les

a. Non-seulement les juges qui ont rendu un jugement préparatoire restent maîtres de leur décision quant au fond — s'ils ne sont pas liés par l'interlocutoire qui cependant préjuge le fond, comment le seraient-ils par le jugement préparatoire qui ne le préjuge pas? — mais encore ils peuvent, dès qu'elle leur paraît inutile, rétracter la mesure qu'ils ont prescrite, et passer outre à la continuation des débats et au jugement du fond[1]. Le tribunal qui ordonne une enquête ou une expertise par un jugement rendu d'office, ou sur la demande d'une partie et sans que l'autre y ait résisté, peut donc : 1° juger le fond contrairement aux dépositions des témoins ou aux conclusions des experts[2]; 2° revenir sur son premier jugement, et ordonner que l'enquête ou l'expertise n'auront pas lieu, ou même ne tenir aucun compte de ce jugement, et statuer au fond avant que les témoins aient été entendus ou que les experts aient déposé leur rapport[3]. C'est ainsi qu'on a vu au § **1071** le tribunal rendre très légitimement son jugement à une audience antérieure à celle qu'il avait indiquée pour le prononcer. Les seuls jugements préparatoires qui aient autorité de chose jugée sont ceux qui contiennent en même temps des décisions définitives : le tribunal qui, vu l'absence de titres, a ordonné d'office une enquête pour établir la possession, peut statuer au fond avant l'enquête, mais il irait à l'encontre de la chose jugée en s'appuyant, dans son jugement définitif, sur des titres dont il a, avant faire droit, proclamé l'absence ou l'insuffisance[4].

jugements de cette sorte peuvent être immédiatement frappés d'appel (Voy. *suprà*, § **1044**).

§ **1138**. [1] Toullier, *op. et loc. cit.* Duranton, *op. et loc. cit.* Aubry et Rau, *op. et loc. cit.* Laurent, *op. et loc. cit.* Larombière, *op. et loc. cit.* Griolet, *op. et loc. cit.* Req. 18 déc. 1821 (D. A. v° *Chose jugée*, n° 40).

[2] Req. 22 nov. 1808 et 11 juin 1828 (D. A. *v° et loc. cit.*). Civ. rej. 13 janv. 1836 (D. A. v° *Successions*, n° 1618). Req. 28 févr. 1837 (D. A. v° *Chose jugée, loc. cit.*). Civ. cass. 25 juill. 1837 (D. A. v° *Action possessoire, loc. cit.*). Civ. rej. 19 avr. 1870 (D. P. 70. 1. 219).

[3] Req. 17 mars 1807 (D. A. v° *Bourse de commerce*, n° 325). Req. 10 déc. 1807 (D. A. v° *Chose jugée*, n° 40). Req. 6 févr. 1811 (D. A. *v° cit.*, n° 41). Req. 8 févr. 1831 (D. A. *v° cit.*, n° 40). Req. 19 juin 1832 (D. A. v° *Enquête*, n° 669). Req. 5 déc. 1832 (D. A. v° *Chose jugée*, n° 40). Req. 11 févr. 1835 (D. A. v° *Jugement d'avant dire droit*, n° 66). Req. 19 juin 1838 (D. A. v° *Jugement*, n° 135). Req. 3 déc. 1838 (D. A. v° *Chose jugée*, n° 41). Civ. rej. 2 juill. 1839 (D. A. v° *Eaux*, n° 325). Req. 20 août 1839 et 6 juill. 1842 (D. A. v° *Chose jugée, loc. cit.*). Civ. rej. 14 janv. 1867 (D. P. 67. 1. 430).

[4] La cour de cassation l'a reconnu implicitement dans une autre espèce, en

b. Il en est de même des jugements provisoires : leur maintien est nécessairement subordonné à la condition que l'état de choses auquel ils pourvoient restera le même, et ils peuvent, dans le cas contraire, être modifiés non-seulement par les juges qui les ont rendus — je l'ai déjà dit au § 1119 — mais encore, le cas échéant, par un autre tribunal[5]. Le jugement qui ordonne que l'acheteur menacé d'éviction ne paiera le prix qu'à charge par le vendeur de lui donner caution, peut donc être suivi d'un autre qui, attendu que le péril a disparu, dispense le vendeur de fournir caution[6]. La fixation du montant d'une pension alimentaire n'est pas non plus irrévocable, même lorsqu'elle résulte d'un jugement passé en force de chose jugée, et elle peut être, suivant les cas et à la demande des intéressés, augmentée, réduite ou même supprimée, dès qu'elle ne correspond plus à la situation actuelle des parties : augmentée, si elle devient insuffisante; réduite ou supprimée, si elle excède les besoins du débiteur ou les facultés du créancier[7].

décidant qu'un jugement préparatoire à l'égard d'une partie, et définitif à l'égard d'une autre, a, quant à cette dernière, l'autorité de la chose jugée; spécialement, qu'entre Primus, Secundus et Tertius qui se disputent une succession, le jugement qui reconnaît à Secundus le titre d'héritier, et ordonne une instruction par écrit à l'effet d'établir le droit de Tertius, est préparatoire à l'égard de ce dernier et peut être rétracté en ce qui le concerne; mais qu'il est définitif et irrévocable à l'égard de Secundus, sauf à Primus à l'attaquer par les voies de recours ordinaires et extraordinaires (Req. 23 févr. 1830, D. A. *v° cit.*, n° 43; voy., dans le même sens, Dijon, 23 nov. 1893, D. P. 95. 2. 21).

[5] Pothier, *op. cit.*, n° 850. Toullier, *op. cit.*, t. X, n° 95. Duranton, *op. cit.*, t. XIII, n° 45. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 369. Laurent, *op. cit.*, t. XX, n° 28. Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1351, n° 17.

[6] Req. 26 juin 1816 (D. A. v° *Vente*, n° 1212). Voy. aussi req. 27 févr. 1812 (D. A. v° *Chose jugée*, n° 33); Paris, 23 mars 1825 (D. A. v° *Frais*, n° 365); civ. cass. 30 mai 1836 (D. A. v° *Dispositions entre-vifs et testamentaires*, n° 1102). Il est vrai qu'aux termes d'un arrêt de la cour de cassation, du 4 août 1818, le tribunal devant lequel une affaire se représente après un arrêt de cassation qui condamne une partie à tous les dépens de l'affaire, n'a pas le droit de revenir sur cette condamnation, pour en décharger cette partie et la faire retomber sur la partie qui succombe devant lui (D. A. v° *Enregistrement*, n° 2250); mais la raison en est que cette condamnation aux dépens est définitive, et ne saurait être tenue pour provisoire (Voy., sur le renvoi après cassation, t. I, § 89, et le tome VI).

[7] « Lorsque celui qui fournit ou celui qui reçoit des aliments est replacé dans « un état tel que l'un ne puisse plus en donner, ou que l'autre n'en ait plus besoin « en tout ou en partie, la décharge ou réduction peut en être demandée » (C. civ., art. 209). Cette règle s'applique même aux pensions dont le montant a été fixé par une transaction (Voy., en ce sens, la discussion qui a eu lieu au conseil d'État le 4 vendémiaire an X, dans Locré, *op. cit.*, t. IV, p. 392; Demolombe, *op. cit.*, t. IV, n° 67; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VI, p. 111; Pau, 8 janv. 1838, D. A. v° *Mariage*, n° 720); et, à plus forte raison, à celle dont le chiffre a été

§ **1139**. L'autorité de la chose jugée soulève des difficultés d'un autre ordre, lorsqu'il s'agit de déterminer l'influence des jugements criminels, correctionnels ou de simple police sur les intérêts civils qui dépendent d'un crime, d'un délit ou d'une contravention. Cette question très complexe offre les aspects les plus divers. Et, d'abord, deux hypothèses doivent être distinguées : 1° le procès civil s'élève entre la partie lésée d'une part, et, d'autre part, le prévenu ou les personnes citées comme civilement responsables devant le tribunal de répression[1]; 2° ce procès intéresse des tiers qui ne peuvent pas, comme la partie lésée, intervenir devant le tribunal de répression pour y faire valoir leurs droits[2]. Est-ce une raison décisive pour traiter cette hypothèse autrement que la précédente? Je m'expliquerai sur ce point aux § **1157** et suivants, mais il est certain qu'il en résulte entre elles une sensible différence.

§ **1140**. *Première question : quelle est l'autorité des jugements criminels à l'égard des contestations civiles qui peuvent exister entre la partie lésée, et le prévenu ou les personnes citées comme civilement responsables devant le tribunal de répression?*

arrêté par autorité de justice (Voy., en ce sens, req. 7 déc. 1808, D. A. *v° cit.*, n° 665, req. 2 févr. 1814, D. A. *v° cit.*, n° 718, Paris, 1er déc. 1832, req. 23 juin 1841, D. A. *v° cit.*, n° 714, Bordeaux, 31 déc. 1895, D. P. 97. 2. 97; et, sur les rapports qui existent entre l'autorité de la transaction et celle de la chose jugée, *suprà*, § **1126**, note 7). La cour de Bordeaux a même jugé que l'obligation de fournir des aliments cesse de plein droit quand la personne à laquelle ils sont dus est en état de subvenir à ses besoins (5 août 1847 et 5 janv. 1848; D. P. 48. 2. 97). L'article 209 s'applique également au cas où la dette alimentaire incombe à plusieurs personnes, en ce sens que celle dont les ressources ont diminué peut demander la réduction de sa part contributoire, sauf au juge à augmenter celle des autres débiteurs (Aubry et Rau, *op. et loc. cit.;* Colmar, 19 janv. 1824, D. A. *v° cit.*, n° 679); mais il ne faut pas confondre l'obligation alimentaire légale avec celle qui résulte d'une convention à titre gratuit ou onéreux passée entre personnes entre lesquelles la dette alimentaire n'existe pas légalement, et même entre personnes qui en sont respectivement tenues en vertu des articles 205 à 207 du Code civil. En fait, il pourra être difficile de distinguer, dans ce dernier cas, l'obligation conventionnelle de la transaction intervenue sur le montant de l'obligation légale ; mais il est certain qu'aux termes de l'article 1134 du Code civil, la convention fait la loi des parties et ne permet pas de changer le chiffre de la pension alimentaire ainsi fixée (Demolombe, *op. cit.*, t. IV, n° 70 ; Bruxelles, 6 juill. 1816, req. 8 mars 1831, Bruxelles, 14 août 1833, req. 25 janv. 1842, D. A. *v° cit.*, n° 724 ; voy. cep. Bordeaux, 29 août 1837, D. A. *v° et loc. cit.*).

§ **1139**. [1] Voy., sur le droit de citer devant les tribunaux criminels, correctionnels ou de simple police les personnes civilement responsables des crimes, délits ou contraventions, *infrà*, § **1155**.

[2] Voy., sur ce refus d'intervention, *infrà*, § **1157**.

On sait que les crimes, les délits et les contraventions qui ont causé un dommage moral ou matériel font naître, outre l'action publique pour l'application des peines, une action, dite civile, en réparation de ce dommage; et que la partie lésée peut, à son choix : 1° intenter cette action en se constituant partie civile, en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique, 2° l'exercer séparément devant les tribunaux civils[1]. On sait aussi qu'après le jugement criminel rendu sur l'existence d'un crime, d'un délit ou d'une contravention, la partie lésée peut intenter d'autres actions à fins civiles, qui, à la différence de l'action civile proprement dite, ne peuvent être portées devant le tribunal de répression[2] : c'est un époux qui demande le divorce ou la séparation de corps après les poursuites exercées contre son conjoint pour cause de sévices ou d'adultère; c'est un successible qui veut faire déclarer indigne de succéder l'héritier précédemment poursuivi pour avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt[3]; c'est un donateur qui agit en révocation de

§ **1140.** [1] C. civ., art. 1382 et 1383. C. instr. crim., art. 1, 3, 66 et suiv.

[2] J'aurai l'occasion (Voy. *infrà*, § **1154**) de revenir sur la distinction de l'action civile proprement dite, et des autres actions à fins civiles qui peuvent être intentées à la suite ou à l'occasion d'un délit, d'un crime ou d'une contravention. Elle est implicitement contenue dans les articles 1 et 2 du Code d'instruction criminelle, aux termes desquels l'action civile tend uniquement à la réparation du dommage causé par un fait criminel ou délictueux (Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 411; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 752; Faustin-Hélie, *op. cit.*, t. II, n° 1114; Griolet, *op. cit.*, p. 347). L'action civile proprement dite est la seule qui puisse être portée devant les tribunaux de répression accessoirement à l'action publique; les autres relèvent exclusivement des tribunaux civils, ainsi qu'il résulte des articles 66, 159, 161, 191, 192, 358, 359 et 366 du Code d'instruction criminelle, où l'on voit que les tribunaux de répression ne peuvent statuer que sur la culpabilité, sur l'application de la peine et sur les dommages-intérêts, et que, par suite, les personnes qui demandent des dommages-intérêts sont seules admises à s'y constituer parties civiles, sauf l'exception indiquée à la note suivante (Voy., en ce sens, Demolombe, *op. et loc. cit.*; voy. cep. Faustin-Hélie, *op. cit.*, t. VIII, n° 3824). Cela est tellement vrai, que le demandeur qui se serait constitué partie civile, à l'effet d'exercer devant la juridiction criminelle une action à fins civiles autre que l'action civile proprement dite, aurait le droit de la reproduire devant le tribunal de première instance après que le tribunal de répression l'aurait rejetée (Voy., sur ce point, *infrà*, § **1157**).

[3] L'action en déclaration d'indignité diffère essentiellement de l'action civile (Voy. la note précédente), mais le successible qui l'intente doit figurer dans l'énumération des parties lésées, car il aurait le droit de former dans trois cas l'action civile en dommages-intérêts contre l'auteur présumé du meurtre ou de la tentative de meurtre commise contre le défunt. 1° Si le défunt a succombé aux violences exercées contre lui, son héritier peut intenter l'action civile qu'il eût sans doute intentée lui-même s'il eût survécu. 2° Si le défunt a été l'objet

sa donation contre le donataire déjà poursuivi pour avoir tenté de lui donner la mort ou commis envers lui quelque délit[4], c'est un débiteur qui demande la nullité de son obligation pour cause de dol ou de violence après qu'un jugement criminel a statué sur l'existence de voies de fait, de menaces, ou de manœuvres frauduleuses qui auraient été pratiquées contre lui; c'est un propriétaire qui revendique son meuble contre un possesseur précédemment inculpé de dol et traduit comme tel devant le tribunal correctionnel[5]. On sait encore que la partie lésée a le droit d'assigner devant les tribunaux criminels, en se constituant partie civile, les personnes que l'article 1384 du Code civil déclare civilement responsables des crimes, des délits ou des contraventions[6].

d'une tentative de meurtre, mais a souffert par ce fait quelque dommage moral ou matériel, et a formé l'action civile au cours de laquelle il est décédé, son héritier a le droit de la continuer. 3° Si le défunt a éprouvé, par suite de ce même fait, un dommage matériel, et est mort avant d'avoir intenté l'action civile, son héritier a le droit d'en prendre l'initiative (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 750; Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur les art. 1382 et 1383, n° 46; Faustin-Hélie, *op. cit.*, t. I, n°s 556 et suiv.). On pourrait supposer encore qu'un successible poursuit la déclaration d'indignité contre un héritier qui a porté contre le défunt une accusation capitale jugée calomnieuse (C. civ., art. 727-2°), mais il y a, au point de vue qui nous occupe, une grande différence entre cette hypothèse et la précédente. On peut supposer que la déclaration d'indignité est poursuivie contre un héritier précédemment acquitté de l'inculpation de meurtre ou de tentative de meurtre, et se demander alors s'il peut opposer à l'action civile la chose jugée au criminel à son profit. On ne peut pas supposer que la déclaration d'indignité soit poursuivie contre l'héritier déclaré innocent d'accusation calomnieuse, puisqu'aux termes de l'article 727-2° du Code civil cette demande ne peut être formée que contre un héritier dont l'accusation capitale a été « jugée » calomnieuse (Demolombe, *op. cit.*, t. XIII, n°s 240 et suiv.; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VI, p. 283; Demante, *op. cit.*, t. III, n° 35 *bis*-VIII; Marcadé, *op. cit.*, t. III, n° 69).

[4] On peut supposer encore que les héritiers d'un testateur agissent en révocation du legs fait par leur auteur, en se fondant sur ce que le légataire a attenté à sa vie ou commis contre lui quelque délit (C. civ., art. 1046). Comment peut-on les ranger au nombre des parties lésées? Voy., à cet égard, la note précédente.

[5] C. civ., art. 229 et suiv., 306, 727-1°, 955-1° et 2°, 1111, 1116, 1117 et 2279. C. pén., art. 2, 305 et suiv., 309 et suiv., 336 et suiv., 379 et suiv., 400 et 405. La revendication des objets volés ne peut être portée devant les tribunaux criminels qu'autant que ces objets ont été saisis et déposés à leur greffe, de telle manière qu'ils n'aient qu'à en ordonner la restitution (C. instr. crim., art. 161, 362 et 366; Faustin-Hélie, *op. cit.*, t. VIII, n°s 3815 et suiv.).

[6] C. instr. crim., art. 183, 190 et 194; C. pén., art. 74. Ces articles du Code d'instruction criminelle ne visent que la procédure correctionnelle, mais l'article 74 du Code pénal porte, en termes généraux, que « dans les cas de responsa- « bilité qui pourront se présenter dans les affaires criminelles, correctionnelles « ou de police, les cours et tribunaux devant qui ces affaires seront portées se « conformeront aux dispositions du Code civil ». Aussi le droit de traduire les personnes civilement responsables devant les cours d'assises et les tribunaux de

On sait, enfin, que les dénonciateurs ou la partie civile peuvent être tenus d'indemniser, sur sa demande, l'accusé absous ou acquitté[7] et le prévenu renvoyé des fins de la plainte[8], et que cette action peut être intentée devant les tribunaux civils après que le jugement criminel a été rendu, ou portée devant les tribunaux de répression accessoirement ou plutôt reconventionnellement à l'action publique et à l'action civile[9].

Cela posé, la question se présente dans quatre hypothèses. On se demande quelle est l'influence de la chose jugée au criminel : 1° sur l'action civile; 2° sur les autres demandes à fins civiles que la partie lésée peut former contre le prévenu; 3° sur les dommages-intérêts réclamés devant les tribunaux de répression contre les personnes civilement responsables; 4° sur les dommages-intérêts du prévenu. La première question est de beaucoup la plus importante, et la réponse qui y sera faite emportera, *mutatis mutandis*, la solution des trois autres.

§ **1141**. A. Il est certain, quant à l'action civile, que le juge de cette action n'est jamais tenu d'accorder à la partie qui se dit lésée les dommages-intérêts qu'elle sollicite. Qu'il motive son refus par le principe général que l'intérêt est la mesure des actions[1], ou par les articles **1382** et **1383** du Code civil qui n'accordent à la victime d'un crime, d'un délit ou d'une contravention que la réparation du dommage qu'elle

simple police n'est-il pas sérieusement contestable (Faustin-Hélie, *op. cit.*, t. VI, n° 2685, t. VIII, n° 3835; crim. cass. 25 févr. 1848, D. P. 48. 1. 74). Aux personnes énumérées par l'article 1384 du Code civil comme civilement responsables aj. l'État (D. 6-22 août 1791, tit. XIII, art. 19; L. 15 juill. 1845, art. 22), les départements (Cons. d'Ét. 7 mai 1863; *Recueil des arrêts du conseil d'État*, t. XLV, p. 426), et les communes (L. 5 avr. 1884, art. 106 et suiv.; Ducrocq, *op. cit.*, t. II, n°s 1481 et suiv.).

[7] L'accusé est acquitté quand le jury l'a déclaré non coupable; il est absous quand le jury l'a déclaré coupable, mais que le fait qui lui est imputé ne tombe sous le coup d'aucune loi pénale : l'acquittement est prononcé par une ordonnance du président, l'absolution par un arrêt de la cour (C. instr. crim., art. 358 et 364; Faustin-Hélie, *op. cit.*, t. VIII, n° 3808).

[8] Voy., sur les dommages-intérêts du prévenu ou de l'accusé lorsqu'il n'est pas condamné, Faustin-Hélie, *op. cit.*, t. VII, n° 2721; t. VIII, n° 3825 et suiv.

[9] C. instr. crim., art. 159, 191, 212, 358 et 366. Aj., sur cette hypothèse, le § suivant, note 6.

§ **1141**. [1] Voy., sur ce principe, t. I, § **296**.

a subi[2], il est certain que le tribunal auquel l'action civile est soumise a le droit de la repousser, attendu que le demandeur ne justifie d'aucun préjudice : en ce sens, le jugement criminel de condamnation n'a aucune autorité au civil[3].

C'est dans le cas inverse que la difficulté commence : à savoir si, le dommage étant prouvé, le juge de l'action civile peut se mettre en contradiction avec le juge criminel en refusant les dommages-intérêts malgré le jugement de condamnation, ou en les allouant dans le cas contraire. Pour résoudre cette question, il faut mettre, avant tout, de côté l'hypothèse où, la partie lésée s'étant constituée partie civile devant un tribunal correctionnel ou de police, celui-ci statuerait sur l'action publique et sur l'action civile par une seule et même décision. Ce n'est pas — on l'aperçoit immédiatement — de chose jugée qu'il s'agit alors, et le jugement correctionnel ou de police, qui se contredirait sur ce point, ne serait déféré à la cour de cassation que pour cause de contrariété entre les différentes parties dont il se compose[4];

[2] Voy., sur l'application des articles 1382 et 1383 du Code civil, Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, nos 684 et suiv.; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 748 et suiv.; Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, nos 364 *bis*-I et suiv.; Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur les art. 1382 et 1383, nos 25 et suiv.; Dalloz et Vergé, *op. cit.*, art. 1382, nos 327 et suiv.

[3] Crim. rej. 13 oct. 1815 et 20 juin 1816 (D. A. vo *Chose jugée*, no 573).

[4] La contrariété entre les différentes dispositions d'un jugement, en matière civile, donne lieu à la requête civile (Voy. le tome VI). Cette voie de recours n'existe pas en matière criminelle, et la contradiction qui peut se rencontrer entre les différentes parties d'un jugement n'est jamais qu'un moyen de cassation (Crim. cass. 9 janv. 1808; D. A. vo *Cassation*, no 1524) : c'est par une erreur évidente que Faustin-Hélie (*Op. cit.*, t. VIII, no 3989) déclare le pourvoi en cassation non-recevable en cas de contrariété entre deux dispositions du même jugement, et qu'il cite à l'appui l'article 504 du Code de procédure et un arrêt de la chambre des requêtes du 3 mai 1843 (Sirey, *op. cit.*, t. XLIII, Ie part., p. 485). Cet article et cet arrêt sont relatifs aux matières civiles, où la contrariété de jugements n'est pas une ouverture à cassation et ne donne lieu qu'à requête civile (et encore n'est-ce pas absolument vrai ; voy., sur ce point, le tome VI) : quelle autorité peuvent-ils avoir au criminel où la requête civile n'est point admise? On ne peut même pas supposer qu'un tribunal correctionnel ou de police statue sur l'action publique par un premier jugement, et sur l'action civile par un second jugement qui serait contradictoire avec le premier : l'article 161, relatif aux tribunaux de simple police, mais également applicable en matière correctionnelle (Faustin-Hélie, *op. cit.*, t. VI, no 2980), porte, en effet, que le « tribunal « prononcera la peine et statuera par le même jugement sur les demandes en « restitution et en dommages-intérêts », et la jurisprudence l'entend en ce sens qu'il n'a pas le droit de statuer sur l'action publique et de renvoyer à une autre audience le jugement de l'action civile. Tout ce qu'il peut faire, c'est d'ordonner que les dommages-intérêts seront donnés par état, c'est-à-dire d'y con-

la question de chose jugée ne pourrait s'agiter, dans cette espèce, que si la partie civile appelait de ce jugement tandis que le ministère public y aurait acquiescé.

Il résulte de là qu'en dernière analyse la question d'influence de la chose jugée au criminel sur le sort de l'action civile se pose toujours sous l'une des quatre formes suivantes. 1° Le tribunal correctionnel ou de simple police a, par un seul et même jugement, renvoyé le prévenu des fins de la plainte, et rejeté la demande de la partie civile; le ministère public acquiesce et la partie civile appelle : les juges d'appel sont-ils tenus d'accepter comme ayant force de chose jugée le jugement rendu sur l'action publique[5]? 2° On est en cour d'assises; la personne lésée s'est constituée partie civile; le jury a rendu son verdict : la cour peut-elle condamner à des dommages-intérêts l'accusé déclaré non-coupable, ou n'y pas condamner l'accusé déclaré coupable[6]? 3° La partie lésée ne s'est pas constituée partie civile, et l'action civile, en matière criminelle, correctionnelle ou de police, n'est intentée que devant les tribunaux civils : le prévenu ou l'accusé peut-il être condamné à des dommages-intérêts, malgré le jugement, l'ordonnance ou l'arrêt qui le renvoie des fins de la plainte, l'acquitte ou l'absout[7]?

damner le prévenu, en principe, en même temps que la peine est prononcée contre lui, sauf à en évaluer après coup le montant au moyen d'une enquête ou d'une expertise (Voy., sur cette manière de juger, *suprà*, § **1075**); or aucune contradiction ne peut s'élever alors entre la chose jugée au criminel et la chose jugée au civil, car, s'il y a lieu de rendre un second jugement, ce ne sera que pour fixer le montant des dommages-intérêts dont le principe est définitivement acquis (Crim. cass. 5 déc. 1835, *Bulletin criminel de la cour de cassation*, n° 448; crim rej. 16 déc. 1848, D. P. 49. 5. 7; voy. aussi Faustin-Hélie, *op. cit.*, t. VI, n° 2729). J'ajoute que les tribunaux correctionnels et de police ne peuvent statuer sur l'action civile qu'en condamnant le prévenu, car ils n'en peuvent connaître qu'accessoirement à l'action publique; or l'acquittement éteint cette dernière et dessaisit le juge (C. instr. crim., art. 191 et 212; Faustin-Hélie, *op. cit.*, n° 2729). Les seuls dommages-intérêts que ces tribunaux puissent prononcer après acquittement sont ceux du prévenu (Voy. *infrà*, § **1156**).

[5] Même question, si la partie civile se pourvoit seule en cassation aux termes de l'article 216 du Code d'instruction criminelle; mais pareille difficulté ne peut se présenter au grand criminel, car l'appel n'y existe pas, et la partie civile ne peut s'y pourvoir en cassation contre l'ordonnance d'acquittement ou contre l'arrêt d'absolution (C. instr. crim., art. 412).

[6] La cour d'assises, à la différence du tribunal correctionnel ou de simple police, statue sur l'action civile après l'acquittement ou l'absolution de l'accusé (C. instr. crim., art. 358 et 366; comp. la note précédente).

[7] Voy., sur la distinction des ordonnances d'acquittement et des arrêts d'absolution, le § précédent, note 6.

la partie civile peut-elle échouer dans sa demande malgré le jugement ou l'arrêt qui condamne ce prévenu ou cet accusé? 4° La partie lésée qui s'est constituée partie civile, et que le tribunal de répression a déboutée de ses conclusions, peut-elle les reproduire devant les tribunaux civils?

§ **1142**. 1° On a demandé, d'abord, la solution de ces difficultés à l'article **1351** du Code civil : Merlin et Toullier se sont placés sur ce terrain pour aboutir à des conclusions diamétralement opposées. Merlin voyait, entre l'action publique et l'action civile, la triple identité à laquelle l'article **1351** subordonne l'autorité de la chose jugée[1] : identité d'objet, car les deux actions tendent à la réparation du dommage causé; identité de cause, car le même crime, le même délit ou la même contravention leur servent de base; identité de personnes, car le ministère public représente, dans l'action publique, la société tout entière, y compris la partie lésée[2]. Toullier concédait l'identité de cause, mais contestait que l'objet fût le même et surtout les personnes : au criminel, c'est le ministère public qui poursuit l'application d'une peine; au civil, c'est la partie lésée qui sollicite des dommages-intérêts; or, si le ministère public a représenté dans l'action publique la société tout entière, il n'a pas défendu les intérêts particuliers de la partie lésée, et l'a même si peu représentée qu'il n'aurait pu conclure en son nom à des dommages-intérêts[3]. C'était mal poser la question, comme on l'a reconnu depuis, car l'article **1351** y est étranger : **1**) par la place qu'il occupe dans le Code civil; **2**) par les termes qu'il emploie, et qui supposent que le tribunal, saisi de la demande à laquelle on oppose l'exception de chose jugée, eût pu connaître également de la première instance; **3**) par les conditions auxquelles il soumet l'autorité de la chose jugée, et qui se résument dans cette idée : un même tribunal ou deux tribunaux saisis de deux demandes succes-

§ **1142**. [1] Voy. *suprà*, §§ **1127** et suiv.
[2] *Répertoire*, v^is^ *Chose jugée*, § XV, et Non bis in idem, n°s 15 et 16. *Questions de droit*, v° *Faux*, § VI.
[3] *Op. cit.*, t. VII, n°s 30 et suiv.; t. X, n°s 240 et suiv.

sives qui soulèvent des questions de même nature, et engagent des intérêts de même ordre[4].

§ **1143**. 2° L'article 1351 écarté, les deux opinions sont restées en présence : faut-il dire, avec Merlin, que les tribunaux civils sont liés par le jugement criminel, ou, avec Toullier, que la chose jugée au criminel est sans influence sur le civil? Cette dernière solution est encore soutenue, avec ce tempérament qu'il résulte du jugement criminel une grave présomption, capable d'entraîner la conviction du juge et d'être, au besoin, corroborée par un serment supplétoire. On invoque, en ce sens, un argument de principe et, subsidiairement, l'article 235 du Code civil : l'argument de principe, c'est l'indépendance de la juridiction civile à l'égard de la juridiction criminelle; l'article 235 du Code civil, c'est celui qui prescrit de surseoir à la demande en divorce lorsqu'elle est fondée sur des faits qui donnent lieu à des poursuites criminelles, et qui, supposant cette demande reprise après l'acquittement ou l'absolution de l'inculpé, dispose qu'il ne sera permis d'en inférer « aucune fin de non-recevoir « ou exception préjudicielle contre l'époux demandeur »[1]. Je m'expliquerai plus loin sur l'argument de principe[2], mais je ferai remarquer immédiatement que l'article 235 est d'un faible secours pour ceux qui l'invoquent, et se retourne plutôt contre eux : d'une part, il ne prouve pas que la chose jugée au criminel soit indifférente au civil, car on conçoit aisément que des faits trop peu graves pour motiver une condamnation criminelle le soient assez pour justifier le divorce; d'autre part, il résulte, *à contrario*, de cet article que, si l'époux défendeur à la demande en divorce est condamné au

[4] Cette démonstration a été faite pour la première fois par Aubry et Rau (*Op. cit.*, t. VIII, p. 793). Tous les auteurs qui ont suivi en ont reconnu la justesse, et c'est un point acquis aujourd'hui, en doctrine, que l'article 1351 est étranger à la question des rapports du criminel et du civil.

§ **1143**. [1] Faustin-Hélie, *op. cit.*, t. II, nos 1108 et suiv. Carré, *op. cit.*, t. II, quest. 943. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Pigeau, *op. cit.*, t. I, p. 476. Aj. quelques arrêts déjà anciens (Req. 8 avr. 1812, D. A. v° *Chose jugée*, n° 555; Paris, 26 janv. 1828, D. A. *v° cit.*, n° 579; Orléans, 12 août 1828 et 26 août 1840, D. A. *v° cit.*, n° 549).

[2] Voy., sur l'indépendance respective des deux juridictions civile et criminelle, le § suivant.

criminel, cette condamnation lui est opposable au civil[3]. L'autorité des jugements criminels à l'égard des jugements civils ressort également de l'article 198 du Code civil, aux termes duquel « lorsque la preuve d'une célébration de « mariage se trouve acquise par le résultat d'une procédure « criminelle, l'inscription du jugement sur les registres de « l'état civil assure au mariage, à compter du jour de sa « célébration, tous les effets civils, tant à l'égard des époux « qu'à l'égard des enfants issus de ce mariage »[4]; mais ce qui condamne surtout[5] l'opinion qui refuse à la chose jugée

[3] Voy., sur l'interprétation de l'article 235 considéré au point de vue de l'exception de chose jugée, Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 410; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 407. Cet article n'a été modifié que sur un point par la loi du 27 juillet 1884 sur le divorce : les mots *l'arrêt de la cour d'assises* ont été remplacés, sur la proposition de M. Ronjat, par les mots *la décision de la juridiction répressive*, qui comprennent les tribunaux militaires et maritimes et les cours criminelles des colonies (Voy. D. P. 84. 4. 103, note 4).

[4] Voy., sur cet article, t. I, § **192**, et *infrà*, § **1157**, note 1.

[5] Je dis *surtout*, car l'article 198 du Code civil ne fournit pas ici d'argument décisif : il ne résout point, en effet, la question de savoir à l'égard de quelles personnes le jugement criminel, d'où résulte la preuve de la célébration d'un mariage, a autorité de chose jugée. Il est douteux qu'il l'ait quant aux personnes qui n'ont pas figuré dans cette instance, et, s'il ne l'a qu'à l'égard de celles qui s'y sont constituées parties civiles (Voy., sur cette question, *infrà*, § **1157**), l'argument fait défaut, tant il est évident que le jugement criminel qui reconnaît l'existence d'un crime ou d'un délit, tel que la falsification ou la destruction d'un acte de mariage ou l'inscription de cet acte sur une feuille volante, a autorité de chose jugée à l'égard des personnes qui se sont constituées parties civiles (Voy., sur ce point, le § suivant; et, sur les conditions dans lesquelles se pose la question d'influence du criminel sur le civil, *suprà*, même §). J'invoquerai moins encore, en faveur de l'opinion que j'expose, les articles 214 du Code de procédure, 3, 358, 366 et 463 du Code d'instruction criminelle. Les articles 358 et 366 de ce dernier Code laissent la question tellement entière, qu'on ne s'explique pas comment on a pu leur en demander la solution. Que disent-ils? Qu'après la condamnation, l'acquittement ou l'absolution, la cour statue sur les dommages-intérêts réclamés par la partie civile. Qu'en conclut-on? Que le verdict du jury dicte à la cour l'arrêt qu'elle doit rendre, et que la solution du procès criminel commande celle du procès civil qui est venu s'y mêler. Mais ne résulte-t-il pas plutôt de ces articles que la chose jugée au criminel n'a pas d'influence sur le civil, puisqu'ils supposent que la cour statue sur les dommages-intérêts de la partie civile, et, par conséquent, les lui alloue malgré l'acquittement ou l'absolution du prévenu? Je donnerai l'explication de ce fait au § suivant, et je me borne à noter en ce moment que les articles en question sont plutôt contraires que favorables à la thèse de l'autorité absolue des jugements criminels. Les articles 214 du Code de procédure et 463 du Code d'instruction criminelle fournissent, à l'appui de ce système, une induction plus sûre mais encore insuffisante. Le premier dispose implicitement qu'il n'est pas permis de s'inscrire en faux incident après qu'un jugement criminel a rejeté une plainte en faux principal (Voy. t. II, § **812**), mais on peut supposer, dans le silence du texte, qu'il vise le cas où le demandeur actuel en faux incident s'était constitué partie civile dans l'instance en faux principal. De même, aux termes de l'article 463 du Code d'instruction criminelle, « lorsque des actes authentiques

au criminel toute influence sur le civil, ce sont les conséquences qu'elle entraîne. Le tribunal civil fait-il abstraction du renvoi, de l'acquittement ou de l'absolution prononcés au criminel, il s'expose à déclarer coupable un individu que la règle « *Non bis in idem* » protège désormais contre l'action publique[6] : c'est justement le scandale que le Code d'instruction criminelle a voulu éviter en soumettant l'action publique et l'action civile à la même prescription[7]. Admet-on le défendeur à l'action civile à contester les faits pour lesquels il a été condamné, il va peut-être se faire déclarer innocent du crime ou du délit dont il subit la peine en vertu d'un jugement criminel inattaquable, et ce sera bien pis encore si des héritiers poursuivis par l'action civile font déclarer leur auteur innocent du crime pour lequel il a péri sur l'échafaud[8].

« auront été déclarés faux en tout ou en partie, la cour ou le tribunal qui aura « connu du faux ordonnera qu'ils soient rétablis, rayés ou réformés » ; mais on a fait remarquer avec raison que le rétablissement, la radiation ou la réformation ordonnés par cet article sont des mesures conservatoires, qu'elles n'entraînent pas la destruction matérielle de l'acte qui en est l'objet, et qu'elles laissent, par conséquent, entier le droit des tiers à plaider la validité et la sincérité de cet acte, mais que les choses se passent tout autrement dans le faux incident : les parties intéressées à contester le faux ont été présentes ou, du moins, appelées, et, par conséquent, le tribunal, ayant reconnu qu'un acte est faux, peut en ordonner la suppression ou la lacération (Voy., sur ce point, t. II, § **811** ; voy. aussi l'argument que M. Griolet tire *op. cit.*, p. 343, de la comparaison de l'article 463 du Code d'instruction criminelle avec l'article 59 du titre 1er de l'ordonnance de juillet 1727). Enfin, l'article 3 du Code d'instruction criminelle, aux termes duquel le criminel tient le civil en état, c'est-à-dire que l'exercice de l'action civile intentée séparément est suspendu jusqu'à la solution définitive de l'action publique intentée avant ou pendant le procès civil, implique-t-il nécessairement que la chose jugée au criminel ait autorité au civil? Je n'en crois rien, car, alors même que les tribunaux civils auraient le droit de se mettre en contradiction avec la chose jugée au criminel, on comprendrait encore très bien qu'ils dûssent attendre, pour statuer sur l'action civile, les résultats du procès criminel. Il serait fâcheux qu'en statuant séparément et simultanément la juridiction civile et la juridiction criminelle rendissent, à leur insu, des jugements contradictoires. Il vaut mieux que l'une des deux attende, pour statuer, le jugement de l'autre, car, en fait, elle ne laissera pas d'en subir l'influence, et sera souvent amenée à rendre une décision conforme; et, si l'une des deux doit subir l'influence de l'autre, il importe à la sûreté de la répression, et, par conséquent, à l'intérêt public que ce ne soit pas la juridiction criminelle (Voy., sur le parti qu'on peut tirer de l'article 3 du Code d'instruction criminelle dans la question de l'autorité des jugements criminels en matière civile, les appréciations très différentes de Demolombe, *op. et loc. cit.*, et d'Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, n° 406).

[6] Voy., sur cette règle, C. instr. crim., art. 360; Merlin, *Répertoire*, v° *Non bis in idem;* Faustin-Hélie, *op. cit.*, t. II, nos 978 et suiv.

[7] Art. 637 et 640. Voy., sur ce point, Faustin-Hélie, *op. cit.*, t. II, n° 1113.

[8] « Quelle épouvantable théorie que de faire rejuger au civil une question

§ **1144**. 3° Cette considération décisive a valu un succès qui paraît définitif à la thèse de Merlin, mais on est encore divisé sur la manière de la présenter et de la défendre.

De bons auteurs la rattachent simplement au principe que l'action civile est l'accessoire de l'action publique. Ils trouvent cette règle écrite dans les articles précités du Code d'instruction criminelle sur la prescription, et surtout dans l'article 3, aux termes duquel le criminel tient le civil en état : l'action civile peut être poursuivie séparément, mais « l'exercice en est suspendu tant qu'il n'a pas été prononcé « définitivement sur l'action publique »[1]. Ces auteurs en concluent que l'action civile est liée à l'action publique au point de vue de la chose jugée, et que la décision rendue sur la seconde emporte nécessairement la solution de la première[2]. Cette manière de voir soulève deux objections. D'abord, la dépendance de l'action civile par rapport à l'action publique n'est pas un principe absolu, car celle-là survit à la mort du prévenu mais s'éteint par la renonciation de la partie lésée, au lieu que celle-ci ne peut être intentée contre les héritiers du prévenu, mais peut l'être encore après que la partie a renoncé au droit de réclamer des dommages-in-

« déjà jugée au criminel! Ainsi, sous le prétexte que l'action publique et l'in- « térêt privé ne sont pas la même chose, on ferait dire, au civil, qu'un homme « n'est pas coupable lorsqu'il aurait péri sur l'échafaud, ou que son crime est « certain lorsqu'il en a été absous au criminel et replacé dans la société par la « loi elle-même qui a proclamé son innocence. Si un tribunal civil, à raison de « la matière et par une distinction quelconque, pouvait revoir le même fait et « juger la même question, quelles contradictions ne pourrait-il pas en résulter! « quel trouble, quel scandale dans la société! » (Mourre, procureur général, *Conclusions dans l'affaire jugée par la cour de cassation le 17 mars 1817*, dans Sirey, *op. cit.*, t. XVII, 1e part., p. 172).

§ **1144**. [1] Voy., sur cet article, le § précédent, note 5. « Quand l'article 3 était « invoqué seul, dit M. Griolet, nous n'estimions pas que le sursis qu'il prononce « prouvât suffisamment l'influence légale du jugement criminel sur l'action ci- « vile, mais la même présomption nous paraît assez forte si l'on rapproche l'ar- « ticle 3 des dispositions précédentes » (*Op. cit.*, p. 347), c'est-à-dire des textes correspondants du Code du 3 brumaire an IV qui établissent la subordination de l'action civile à l'action publique (Art. 8 et 9; Griolet, *op. cit.*, p. 345 et suiv.). Je rappelle, d'ailleurs, que l'article 3 du Code d'instruction criminelle ne s'applique pas au cas où il existe une question préjudicielle soit au jugement de l'action publique soit à l'existence de cette action. Dans ce cas la règle est renversée, et c'est le civil qui tient le criminel en état, mais il n'existe que deux sortes de questions préjudicielles : les questions de propriété immobilière qui sont préjudicielles au jugement, et les questions d'état qui sont préjudicielles à l'action (Voy. t. II, § **412**).

[2] Bonnier, *op. cit.*, nos 909 et suiv. Griolet, *op. cit.*, p. 344 et suiv.

térêts[3]. Ce n'est pas tout : les mots *action civile* ont deux sens, car ils comprennent, dans l'article 3 du Code d'instruction criminelle, toutes les questions civiles dont le jugement dépend d'un point de fait actuellement soumis au jugement d'un tribunal criminel[4], et ils ne signifient plus, en matière de prescription, que l'action civile proprement dite, c'est-à-dire l'action qui n'a d'autre fondement que l'obligation de réparer le dommage causé par un crime, un délit ou une contravention, et d'autre but que d'obtenir cette réparation[5]. Or qu'entendra-t-on par action civile en matière de chose jugée? Sera-ce l'action civile *lato sensu* de l'article 3, ou l'action civile *stricto sensu* des articles 637 et 640? Ce sera nécessairement la première, car il n'est pas croyable que le donataire condamné pour avoir attenté à la vie du donateur puisse — ce n'est qu'un exemple — contester la demande en révocation pour cause d'ingratitude en niant le crime dont la justice criminelle l'a reconnu coupable, et que le tribunal

[3] C. civ., art. 2046. C. instr. crim., art. 2 et 4. Voy., sur ces deux points, Faustin-Hélie, *op. cit.*, nos 969 et suiv., 1096 et suiv., 1100 et 1101.

[4] Cela résulte : 1° du motif même de l'article 3 (Voy. le § précédent, note 5); 2° de l'article 235 du Code civil, en matière de divorce : « Si quelques-uns des faits « allégués par l'époux demandeur donnent lieu à une poursuite criminelle de la « part du ministère public, l'action en divorce restera suspendue jusqu'après « l'arrêt de la cour d'assises »; 3° des articles 239 et 240 du Code de procédure en matière de faux : « S'il résulte de la procédure des indices de faux ou de fal- « sification... il sera sursis à statuer sur le civil jusqu'après le jugement sur le « faux » (Voy. t. II, § 816). Aj., comme applications de la même idée, Paris, 4 oct. 1827 et 2 juin 1831 (D. A. v° *Question préjudicielle*, n° 14); civ. cass. 7 mai 1851 (D. P. 51. 1. 150).

[5] « La règle par laquelle l'action civile se prescrit par le même laps de temps « que l'action publique ne s'applique qu'à l'action civile proprement dite, c'est- « à-dire à l'action qui, exclusivement fondée sur le droit de demander la répa- « ration du dommage causé par un crime, par un délit ou par une contraven- « tion, a pour objet unique la réparation de ce dommage. Elle est étrangère aux « actions en restitution, en répétition ou même en dommages-intérêts, dérivant « d'un droit préexistant au délit, et indépendantes de l'obligation de réparation « auquel le délit a pu donner naissance » (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 752; voy., dans le même sens, Duranton, *op. cit.*, t. XIII, n° 707, t. XXI, n° 102, Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, n° 364 *bis*-VII, Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur les art. 1382 et 1383, nos 49 et suiv., Faustin-Hélie, *op. cit.*, t. II, n° 1114, req. 16 avr. 1845, D. P. 45. 1. 266, Angers, 15 juill. 1851, D. P. 52. 2. 36. Bourges, 26 mars 1855, D. P. 55. 2. 307, civ. cass. 28 août 1855, D. P. 55. 1. 407, req. 10 nov. 1858, D. P. 58. 1. 447, civ. cass. 5 mai 1863, D. P. 63. 1. 195, Dijon, 17 juin 1864, D. P. 66. 1. 441). C'est ainsi que le voleur, qui prescrit par trois ans contre l'action publique née de son délit, ne devient propriétaire de l'objet volé qu'à l'expiration des trente ans par lesquels la revendication du propriétaire se prescrit en vertu de l'article 2262 du Code civil (Duranton, *op. cit.*, t. XIII, n° 707; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 753; Larombière, *op. et loc. cit.*).

de première instance puisse ainsi le déclarer innocent du crime dont il subit la peine en vertu d'une condamnation définitive. Toutefois, on conviendra que, logiquement, ce système ne se tient pas.

Aussi une idée plus large et, suivant moi, plus exacte a-t-elle prévalu en jurisprudence. On part de ce principe que la juridiction criminelle et la juridiction civile sont indépendantes l'une de l'autre, et que chacune d'elles est souveraine dans son domaine : la première est exclusivement compétente pour statuer sur l'existence des faits qui lui sont déférés, et sur la culpabilité des personnes qui en sont prévenues; la seconde, pour statuer sur les mêmes faits considérés sous le rapport des conséquences civiles qui peuvent en résulter. Les tribunaux civils sortiraient donc de leurs attributions en niant le fait que la justice criminelle a affirmé, ou en affirmant celui qu'elle a nié; mais leur compétence ne serait plus entière s'ils ne conservaient pas un plein pouvoir d'appréciation sur la quotité et sur le principe même des dommages-intérêts. En un mot, il leur est défendu de se mettre en contradiction avec ce qu'un tribunal criminel a déjà jugé; mais ils peuvent, à condition de n'en rien faire, statuer librement sur les dommages-intérêts qui leur sont demandés[6].

[6] Ce système, dont Zachariæ paraît être l'inventeur (*Cours de droit civil français*, traduit de l'allemand par Aubry et Rau, 1re édit., Strasbourg, 1839-1845, t. V, p. 792 et suiv.), a été adopté aussitôt par Marcadé (*Op. cit.*, t. V, sur l'art. 1351, nº 15) et par Aubry et Rau (*Op. cit.*, 1re édit., t. V, p. 793; 4e édit., t. VIII, p. 405 et suiv.). Il est également suivi par Demolombe (*Op. et loc. cit.*), Larombière (*Op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1351, nos 169 et suiv.) et Beudant (*Influence du criminel sur le civil*, dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. XXIV, 1864, p. 492 et suiv.). De nombreuses décisions l'ont consacré (Voy. *infrà*, §§ **1146** et suiv.), mais ce sont les deux arrêts Mirès qui l'ont formulé le plus nettement : « Si les décisions rendues au criminel « sont souveraines, et si elles ont envers et contre tous l'autorité de la « chose jugée, c'est en ce sens qu'il ne demeure permis à personne de remettre « en question le fait qu'elles affirment ou qu'elles nient, non plus que le carac- « tère délictueux ou non délictueux qu'elles ont donné à ce fait générateur de « l'action publique; mais la juridiction civile, en même temps qu'elle est liée « non-seulement par le dispositif de ces décisions, mais aussi par ceux de leurs « motifs qui se réfèrent aux qualifications pénales, reste pleinement maîtresse « d'apprécier autrement, sous leurs rapports purement civils, les contrats se rat- « tachant aux faits qui ont donné lieu à la poursuite criminelle ou correction- « nelle, et pouvant servir de base à des actions civiles » (Civ. rej. 26 juill. 1865, D. P. 65. 1. 491; voy. encore, sur cet arrêt, *infrà*, § **1151**, note 8; aj., dans le même sens et dans des termes analogues, crim. cass. 28 juill. 1887 et civ. cass. 24 mars 1891, S. 93. 1. 198; voy. aussi Bourges, 15 avr. 1891, S. 94. 1. 330). Au fond, c'est le système de Merlin soutenu par d'autres arguments et présenté

§ **1145**. Si du principe on passe à l'application, on arrive aux conséquences suivantes.

§ **1146**. 1) Les jugements de condamnation sont ceux qui ont le plus d'influence sur le civil. Il faut se garder de dire que les jugements d'absolution ou d'acquittement n'en aient pas[1], mais il faut concéder qu'ils en ont moins. Il résulte, en effet, d'un jugement de condamnation qu'un crime, un délit ou une contravention a été commis, et que le prévenu en est l'auteur — deux faits qu'un tribunal civil ne saurait nier désormais sans porter atteinte à la chose jugée — mais les faits que la justice criminelle déclare innocents aux yeux de la loi pénale n'en existent pas moins; le prévenu qu'elle proclame non coupable aux yeux de cette même loi n'en est pas moins l'auteur du fait incriminé, ou, du moins, il peut l'être : la justice civile peut donc, malgré le jugement qui l'absout ou qui l'acquitte, le condamner à des dommages-intérêts[2]. Ainsi, d'une part, les jugements criminels ont autorité au civil quant à l'existence du fait criminel[3], quant à

dans des termes plus juridiques; ces arrêts lui donnent même la formule la plus étendue en attribuant à la chose jugée au criminel une autorité absolue *erga omnes*, mais ce point demeure réservé (Voy. *infrà*, §§ **1157** et suiv.).

§ **1145**.....

§ **1146**. [1] Voy., en ce sens, Lagrange, *Des effets de la chose jugée au criminel sur l'action civile* (dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. VIII, 1856, p. 31 et suiv.). L'article 235 du Code civil, qu'invoque cet auteur, n'est nullement décisif, car il n'en résulte pas que le tribunal de première instance où la demande en divorce est portée puisse imputer à l'époux défendeur des crimes ou des délits qu'un tribunal de répression aurait précédemment jugé n'avoir pas été commis ou l'avoir été par d'autres que lui. Tout ce que veut dire cet article, c'est qu'un époux absous ou acquitté, parce que les faits par lui commis échappent à la loi pénale ou ne sont pas assez graves pour emporter l'application d'une peine, peut voir cependant le divorce prononcé contre lui, si ces mêmes faits suffisent pour en justifier la demande (Voy., sur l'article 235 du Code civil, *suprà*, § **1143**).

[2] Voy. sur cette distinction, Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, nos 415 et suiv.: Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 407 et suiv.; et les arrêts cités aux notes suivantes.

[3] Bruxelles, 27 févr. 1818 et 13 mai 1820 (D. A. *vo cit.*, no 546). Angers, 30 juill. 1828; req. 19 nov. 1828; Bourges, 2 juin 1831 (D. A. *vo cit.*, no 547). Limoges, 20 févr. 1846 (D. P. 47. 2. 58). Civ. cass. 7 mars 1855 (D. P. 55. 1. 81). Lyon, 16 août 1856 (D. P. 57. 2. 85). Riom, 11 janv. 1859 (D. P. 59. 2. 132). Req. 27 janv. 1869 (D. P. 69. 1. 170). Paris, 22 déc. 1873 (D. P. 74. 2. 147). Req. 13 juill. 1874 (D. P. 75. 1. 224). Caen, 25 août 1874; Alger, 18 nov. 1875 (D. P. 77. 5. 77). Nancy, 16 mai 1878 (D. P. 78. 2. 161). Civ. cass. 18 nov. 1878 (D. P. 78. 1. 462).

la culpabilité du prévenu[4], et même quant à l'existence et à la validité des actes juridiques, lorsqu'elles constituent un élément essentiel du fait incriminé : un jugement correctionnel établit donc, avec l'autorité de la chose jugée, l'existence et la validité d'un billet, en condamnant pour abus de confiance le débiteur qui l'a détruit après que le créancier l'avait remis entre ses mains[5]. D'autre part, les jugements criminels d'acquittement ou d'absolution n'ont pas d'autorité au civil, en ce sens qu'il est loisible aux tribunaux civils de déclarer qu'un individu est l'auteur de faits à raison desquels la justice criminelle l'a acquitté ou absous : il faut seulement, ainsi qu'il va être expliqué ci-après, que le jugement civil ne se mette pas en contradiction, en décidant ainsi, avec les déclarations du tribunal de répression[6].

§ **1147**. 2) L'autorité de la chose jugée n'est pas la même suivant qu'il s'agit : *a*) des ordonnances d'acquittement rendues par le président de la cour d'assises ; *b*) des arrêts d'absolution prononcés par les cours d'assises, et des jugements d'acquittement ou d'absolution émanés des tribunaux correctionnels ou de simple police. Cette différence ne tient ni à la gravité du fait incriminé, ni au caractère du magistrat qui prononce la sentence, mais seulement à la forme dans laquelle elle est rendue. Le président d'assises prononce l'acquitte-

Crim. cass. 15 juill. 1882 (D. P. 83. 1. 362). Toutefois, le jugement de condamnation laisse subsister le droit d'intenter au civil toutes les actions dont le succès n'est pas incompatible avec les déclarations du tribunal criminel (Voy., notamment, cons. d'Ét. 11 avr. 1866, D. P. 73. 5. 89; req. 20 juill. 1875, D. P. 76. 5. 90).

[4] Bruxelles, 26 oct. 1816 (D. A. *v° cit.*, n° 546). Req. 5 mai 1818 ((D. A. v° *Dispositions entre-vifs et testamentaires*, n° 2361). Paris, 2 févr. 1843 (D. A. v° *Chose jugée, loc. cit.*). Agen, 20 janv. 1851 (D. P. 51. 2. 49). Bruxelles, 16 juin 1854 (D. P. 55. 2. 249). Civ. cass. 7 mars 1855 (D. P. 55. 1. 81). Lyon, 16 août 1856 (D. P. 57. 2. 85). Riom, 11 janv. 1859 (D. P. 59. 2. 132). Req. 27 janv. 1869 (D. P. 69. 1. 79). Nîmes, 5 août 1873 (D. P. 73. 2. 193). Paris, 23 déc. 1873 (D. P. 74. 2. 147). Req. 15 juill. 1874 (D. P. 75. 1. 224). Caen, 25 août 1874 ; Alger, 18 nov. 1875 (D. P. 77. 5. 77). Nancy, 16 mai 1878 (D. P. 78. 2. 161). Crim. cass. 15 juill. 1882 (D. P. 83. 1. 362).

[5] Douai, 23 janv. 1867 (D. P. 69. 1. 173). Voy., dans le même sens, Poitiers, 2 déc. 1852 (D. P. 55. 2. 332).

[6] Civ. cass. 7 mars 1855 (D. P. 55. 1. 81). Civ. rej. 20 avr. 1863 (D. P. 63. 1. 83). Paris, 22 janv. 1864 (D. P. 64. 2. 25). Orléans, 15 avr. 1864 (D. P. 64. 2. 94). Voy., pour plus de détails, les arrêts cités aux §§ suivants.

ment en vertu d'un verdict du jury qui ne contient que ces mots : « *Non, l'accusé n'est pas coupable* »[1]; la cour d'assises absout, le tribunal correctionnel ou de police acquitte ou absout par une décision motivée sur chacun des chefs de l'accusation ou de la prévention[2]. Il suffit donc de consulter les motifs d'un arrêt d'absolution ou d'un jugement d'acquittement pour déterminer la portée du dispositif, et pour connaître la pensée de la cour ou du tribunal qui l'ont rendu, au lieu que du verdict d'acquittement on ne sait qu'une chose, c'est qu'il a déclaré l'accusé non coupable. Est-ce l'existence des faits incriminés qui n'a pas été prouvée, ou la participation de l'accusé, ou sa responsabilité, ou son intention criminelle? C'est le secret de la délibération des jurés et de la conscience de chacun d'eux. Il suit de là que le jugement civil qui condamne l'accusé ou le prévenu à des dommages-intérêts est tantôt compatible tantôt inconciliable avec l'arrêt criminel qui l'a absous, ou avec le jugement correctionnel ou de police qui l'a acquitté, mais que le jugement civil, qui condamne à des dommages-intérêts l'accusé acquitté par la cour d'assises, n'a rien, en soi, de contradictoire avec le verdict du jury qui l'a déclaré non coupable.

§ **1147**. [1] C. instr. crim., art. 337 : « La question résultant de l'acte d'accusation sera posée en ces termes : *L'accusé est-il coupable d'avoir commis « tel meurtre, tel vol ou tel autre crime, avec toutes les circonstances comprises dans le résumé de l'acte d'accusation?* » Art. 348 : « Le chef du jury « se lèvera, et, la main placée sur son cœur, il dira : *Sur mon honneur et ma « conscience, devant Dieu et devant les hommes, la déclaration du jury est : « oui, l'accusé*, etc.; *non, l'accusé*, etc. ». On sait qu'il en était autrement sous le Code du 3 brumaire an IV, qui prescrivait de décomposer les questions : « La « première question tend essentiellement à savoir si le fait qui forme l'objet de « l'accusation est constant ou non; la seconde, si l'accusé est ou non convaincu « de l'avoir commis ou d'y avoir coopéré; viennent ensuite les questions qui, « sur la moralité du fait ou le plus ou moins de gravité du délit, résultent de « l'accusation, de la défense de l'accusé, ou du débat » (Art. 374).

[2] L'article 364 du Code d'instruction criminelle ne prescrit pas de motiver les arrêts d'absolution des cours d'assises, et les articles 163 et 195 du même Code imposent seulement aux tribunaux correctionnels ou de police de motiver leurs jugements définitifs de condamnation; mais ces dispositions ne sont nullement restrictives, et tout jugement criminel, correctionnel ou de police doit être motivé conformément au principe général de la loi du 20 avril 1810 (Art. 7; voy., en ce sens, Faustin-Hélie, *op. cit.*, t. VI, nos 2704, 2719 et 2945, t. VIII, nos 3862 et suiv.; sur l'obligation de motiver, à peine de nullité, les arrêts d'absolution et les jugements d'acquittement ou d'absolution, crim. cass. 9 oct. 1840 et 9 déc. 1841, D. A. vo *Jugement*, no 1076; et, sur l'obligation de motiver tous les jugements, en général, *suprà*, §§ **1114** et suiv.).

§ **1148**. *a*. Ainsi, d'une part, le jugement criminel qui acquitte un individu, attendu que les faits allégués à sa charge n'existent pas ou qu'il y est étranger, a autorité de chose jugée au civil, en sorte qu'un tribunal de première instance ne peut affirmer, à l'appui d'une condamnation en dommages-intérêts, que ces faits aient été commis et que tel individu y ait participé[1]. Au contraire, le jugement criminel qui aura absous un individu, attendu que le fait incriminé n'est pas punissable ou que l'action publique n'est pas recevable, n'empêche nullement un tribunal civil d'affirmer l'existence de ce même fait, d'y reconnaître les caractères d'un délit civil, et de condamner à le réparer le prévenu ou l'accusé précédemment absous ou acquitté[2]. Et qu'on n'objecte pas que la chose jugée résulte ainsi des motifs des jugements criminels, car on a vu au § **1126** qu'elle s'attache non-seulement au dispositif mais encore à certains motifs des jugements civils, à ceux qu'on appelle objectifs et qui font corps avec le dispositif : il n'en peut être autrement en matière criminelle[3]. Je ne dis pas que ces principes fournissent la solution certaine de toutes les difficultés de la matière, et l'on s'est, notamment, demandé quelle influence ont, au civil, les jugements correctionnels qui acquittent le prévenu, attendu qu'il n'est pas prouvé ou qu'il n'est pas suffisamment prouvé que tel fait ait été commis ou que le prévenu en soit l'auteur. Dira-t-on que ces décisions ne lient pas les tribunaux civils et laissent place à l'action civile, parce que déclarer qu'un fait n'est pas prouvé, ce n'est pas en nier l'existence? Je n'en crois rien, et je vois, au contraire, deux raisons décisives pour que de pareils jugements aient, au civil, l'autorité de la chose jugée : α) il y aurait contradiction

§ **1148**. [1] Req. 17 mars 1813 (D. A. v° *Chose jugée*, n° 551). Req. 2 déc. 1861 (D. P. 62. 1. 171). Civ. rej. 9 janv. 1877 (D. P. 77. 1. 475). Req. 10 janv. 1877 (D. P. 77. 1. 197). Bourges, 11 mai 1881 (D. P. 82. 2. 223).

[2] Req. 25 oct. 1814 (D. A. *v° cit.*, n° 579). Civ. cass. 23 nov. 1835 (D. A. *v° cit.*, n° 577). Civ. rej. 6 févr. 1837 (D. A. *v° cit.*, n° 579). Rennes, 14 déc. 1846 (D. P. 47. 4. 78). Civ. cass. 7 mars 1855 (D. P. 55. 1. 81). Civ. rej. 20 avr. 1863 (D. P. 63. 1. 183). Paris, 22 janv. 1864 (D. P. 64. 2. 25). Orléans, 15 avr. 1864 (D. P. 64. 2. 94). Civ. cass. 25 mars 1872 (D. P. 73. 1. 71). Orléans, 4 juill. 1884 (D. P. 86. 2. 94). Paris, 21 avr. 1896 (D. P. 98. 1. 305). Req. 2 mars 1897 (D. P. 97. 1. 608).

[3] Paris, 22 janv. 1864 (D. P. 64. 2. 25). Civ. rej. 26 juill. 1865 (D. P. 65. 1. 484). *Contrà*, Aix, 22 juill. 1862 (D. P. 62. 2. 148).

formelle entre le jugement criminel et le jugement civil, si celui-ci déclarait faite une preuve que celui-ci a jugée insuffisante; β) la révélation de faits dont la répression n'est plus possible produirait le scandale que la loi s'est proposée d'éviter[4].

§ **1149**. *b*. Ce qui n'est qu'un cas particulier en matière correctionnelle ou de police devient, au grand criminel, la règle générale : le verdict d'acquittement et l'ordonnance qui s'ensuit n'ont pas d'autorité au civil, car ils n'affirment que la non-culpabilité de l'accusé, et laissent en question sa participation aux faits incriminés et, à plus forte raison, l'existence même de ces faits[1]. C'est pour cela qu'il arrive journellement aux cours d'assises de condamner à des dommages-intérêts envers la partie civile l'accusé que le jury vient d'acquitter, mais à la charge duquel elles constatent l'existence d'un délit civil de nature à engager sa responsabilité[2]. Toutefois, il n'y a, même ici, rien d'absolu, et, s'il

[4] Voy., en ce sens, les arrêts rapportés D. A. *v° cit.*, n°s 551 et suiv., supp., n°s 439 et suiv.; et dans Sirey, *op. et v° cit.*, n°s 108 et suiv.

§ **1149**. [1] Civ. cass. 1er août 1864 (D. P. 64. 1. 428). Nancy, 27 nov. 1872 (D. P. 73. 5. 88). Req. 15 févr. 1881 (D. P. 82. 1. 75); Besançon, 3 déc. 1881 (D. P. 82. 2. 151). *Contrà*, civ. rej. 21 mess. an IX (D. A. *v° cit.*, n° 557); req. 29 août 1810 (D. A. *v° cit.*, n° 579); civ. cass. 25 juin 1822 (D. A. v° *Dispositions entre-vifs et testamentaires*, n° 4300); Orléans, 15 avr. 1864 (D. P. 64. 2. 94). C'est ainsi que la cour d'assises de la Seine a pu, le 31 janvier 1887, ordonner la lacération d'un billet argué de faux, malgré le verdict d'acquittement rendu par le jury au profit de la personne accusée de ce faux : « Considérant que, si le jury a déclaré l'ac« cusé non coupable du chef de faux, sa réponse porte sur la culpabilité et non « sur la matérialité des faits; considérant qu'il résulte des débats et qu'il est « constant pour la cour que le billet de 1000 francs, à l'ordre de la dame Klein, « daté du..... est faux » (Aff. Annette Harchoux; le pourvoi a été rejeté le 25 mars 1887; voy. le *Temps* du 26). Il ne faut pas confondre cette hypothèse avec celle où le renvoi de la prévention serait seulement fondé sur ce que le caractère délictueux des faits incriminés n'est pas suffisamment établi : cette déclaration ne porte pas sur l'existence matérielle de ces faits, et laisse, par conséquent, le champ libre à l'action civile (Civ. cass. 1er août 1864, D. P. 64. 1. 428; civ. rej. 17 avr. 1874, D. P. 74. 1. 399).

[2] C'est par application de ce principe que le prince Pierre Bonaparte, acquitté par le jury de la haute cour de justice, siégeant à Blois, du crime de meurtre sur la personne de Victor Noir, a été condamné par la cour à 25.000 francs de dommages-intérêts envers la partie civile : « Attendu, en fait, que, s'il résulte « de la déclaration du jury que le prince Pierre-Napoléon Bonaparte n'est pas « coupable des crimes de meurtre et de tentative de meurtre qui lui étaient « imputés, cette déclaration n'implique pas la négation du fait matériel qui, au « contraire, a été constamment reconnu par l'accusé; attendu que les circon« stances dans lesquelles le fait s'est produit, notamment l'attitude du prince et

résulte des questions posées au jury qu'il ait répondu négativement sur un point déterminé, la cour n'aura pas le droit, fût-ce au seul point de vue des intérêts civils, de résoudre affirmativement la même question : en ce sens, le verdict d'acquittement possède, quant au civil, l'autorité de la chose jugée. Supposez, par exemple, que, sur une accusation de meurtre, la question de légitime défense ait été posée : la réponse du jury : « *Non, l'accusé n'est pas coupable* », signifie que ce dernier était dans le cas de légitime défense, et la cour ne pourra le condamner à des dommages-intérêts qu'en se fondant sur ce que la non-criminalité du fait n'exclut pas sa matérialité, car elle s'exposerait à une cassation certaine en condamnant l'accusé à des dommages-intérêts pour cause de meurtre commis hors le cas de légitime défense[3]. Deux questions se sont posées, à ce sujet, dans la célèbre affaire Armand[4] : α) la matérialité du fait et l'inten-

« les paroles qu'il a prononcées au début de la scène, assignent à ce fait, quoique « dépouillé de toute criminalité, le caractère d'une faute rentrant dans les ter- « mes de l'article 1382 du Code civil » (27 mars 1870; D. P. 71. 2. 79).

[3] Crim. cass. 19 déc. 1817 (D. A. v° *Responsabilité*, n° 101). Liège, 10 janv. 1835 (D. A. v° *Chose jugée*, n° 548). Crim. cass. 24 juill. 1841 (D. A. *v° cit.*, n° 575). Crim. cass. 6 mai 1852 (D. P. 52. 5. 94). Chambéry, 6 août 1868 (D. P. 69. 2. 12). Civ. cass. 9 avr. 1873 (D. P. 73. 1. 439). Civ. cass. 27 janv. 1875 (D. P. 77. 5. 76). Limoges, 24 juin 1884 (D. P. 85. 2. 21). Req. 24 févr. 1886 (D. P. 86. 1. 438). Voy. aussi, sur le point de savoir si l'on peut poursuivre à fin de dommages-intérêts, en vertu de l'article 1382 du Code civil, l'individu que le jury a acquitté de l'accusation d'homicide par imprudence : pour l'affirmative, Metz, 19 févr. 1863 (D. P. 63. 2. 153), civ. rej. 9 juill. 1866 (D. P. 66. 1. 334), Bordeaux, 20 déc. 1871 (D. P. 72. 5. 79), req. 31 mai 1892 (D. P. 92. 1. 381, S. 92. 1. 292), civ. rej. 10 janv. 1893 (D. P. 93. 1. 84, S. 93. 1. 200); pour la négative, Orléans, 16 mai 1851 (D. P. 51. 2. 65), civ. cass. 17 mars 1855 (D. P. 55. 1. 81), Lyon, 16 août 1856 (D. P. 57. 2. 85).

[4] Maurice Roux, domestique d'Armand, avait été trouvé dans la cave de son maître, étendu par terre, les mains liées derrière le dos, le cou serré par une corde, et les pieds attachés par un mouchoir; il prétendait qu'Armand l'avait mis dans cet état après l'avoir étourdi en lui portant un coup sur la nuque. L'affaire étant venue aux assises des Bouches-du-Rhône, et le jury ayant répondu négativement à toutes les questions qui lui étaient posées, la cour adjugea, néanmoins, Maurice Roux les dommages-intérêts auxquels il avait conclu : « Considérant qu'appelée à statuer dans sa conscience sur les conclusions « de la partie civile, la cour, tout en respectant la décision du jury et sans se « mettre en opposition avec elle, peut et doit rechercher si Armand est l'au- « teur d'un fait matériel ayant occasionné à Roux un préjudice et lui donnant « droit d'en obtenir réparation; considérant qu'il résulte des débats la preuve « que, dans la journée du 7 juillet dernier, Armand a maladroitement porté à « Roux un coup qui peut lui être imputé à faute, et des conséquences duquel « il doit être responsable ». L'arrêt fut cassé, le 7 mai 1864, par la chambre criminelle de la cour de cassation (D. P. 64. 1. 313), et l'affaire renvoyée devant le tribunal de Grenoble qui, par jugement du 28 janvier 1865, reproduisit la doc-

tion criminelle sont-elles quelquefois indivisibles, en sorte qu'après le verdict négatif sur la criminalité on ne puisse plus affirmer que l'accusé ait matériellement commis les actes incriminés, et le condamner, de ce chef, à des dommages-intérêts[5]? 3) la cour d'assises ou la juridiction civile qui condamnent à des dommages-intérêts l'accusé déclaré non coupable sont-elles tenues de constater expressément qu'elles statuent sur un point que le jury n'a pas décidé[6]? Je réponds négativement à ces deux questions. D'abord, la prétendue indivisibilité de l'existence du fait et de l'intention criminelle n'existe pas, car un acte préjudiciable à autrui peut toujours avoir été commis sans intention criminelle, un coup porté par maladresse, un incendie allumé par imprudence[7]. En-

trine de la chambre criminelle; ce jugement fut confirmé par la cour de Grenoble le 1er juin 1865 (D. P. 65. 2. 169), et le pourvoi contre cet arrêt fut rejeté par la cour de cassation (chambre des requêtes) le 11 décembre 1866 (D. P. 67. 1. 171). Voy., sur ces diverses décisions, les deux notes suivantes.

[5] C'est la thèse de l'arrêt du 11 décembre 1866 cité à la note précédente : « Attendu que, si, en thèse générale, le verdict du jury sur la question de culpabilité laisse subsister le fait matériel comme base possible d'une action civile en dommages-intérêts, il en est autrement dans certaines circonstances exceptionnelles où la matérialité du fait et l'intention de l'agent sont indivisibles » (Voy., dans le même sens, civ. cass. 9 avr. 1873; D. P. 73. 1. 439).

[6] L'arrêt du 7 mai 1864, cité *suprà*, note 4, s'est placé sur ce terrain : « Attendu que l'arrêt rendu sur les intérêts civils est soumis à l'obligation d'établir, dans les termes les plus explicites et les plus précis, qu'il n'existe aucune contradiction entre ce qui a été jugé au criminel et ce qui a été jugé au civil; qu'il ne suffit pas d'énoncer que la déclaration de non-culpabilité n'exclut pas l'existence matérielle du fait mais seulement sa criminalité, puisque, cette déclaration de non-culpabilité étant indéterminée et pouvant porter aussi bien sur le fait matériel que sur le fait moral, il demeure incertain si c'est l'intention criminelle ou si c'est l'existence du fait qui a été écartée; qu'il ne suffit pas non plus d'ajouter que la cour d'assises ne prétend pas se mettre en contradiction avec la déclaration du jury, puisque la contradiction peut résulter, quelle que soit la déclaration du jury, des faits constatés qui peuvent contenir en eux-mêmes la contradiction niée en termes généraux par la cour d'assises » (Voy., dans le même sens, crim. cass. 10 juill. 1862, D. P. 64. 1. 47; crim. cass. 1er août 1872, D. P. 72. 1. 377; crim. cass. 18 juin 1885, D. P. 87. 1. 94).

[7] Le tribunal de Grenoble affirmait, dans le jugement cité *suprà*, note 3, qu'Armand n'avait pu, sans intention criminelle, lier Maurice Roux par les pieds et par les mains, et qu'il y avait, par conséquent, contradiction entre le verdict du jury qui l'avait déclaré non coupable de ce fait, et l'arrêt de la cour d'après lequel il l'aurait commis sans intention criminelle. « Il est vrai, dit très bien M. Griolet, que cet acte exige des efforts continus et une certaine réflexion, mais on oublie toujours que la criminalité est une question morale. Un homme n'est pas criminel s'il n'a pas agi avec une conscience suffisamment éclairée et une volonté suffisamment libre : on peut présumer que certains actes ont dû être commis avec une intention criminelle et que leurs auteurs sont punissables, mais il ne faut pas dire que ces actes n'ont pu être commis sans intention criminelle. Au point de vue de la criminalité, l'acte est toujours secon-

suite, la violation de la chose jugée ne se présume pas, et, dès qu'elle ne ressort pas avec évidence de la comparaison du jugement civil et du verdict du jury, on ne doit pas supposer que la cour d'assises ou le tribunal de première instance aient voulu se mettre en contradiction avec la chose jugée au criminel[8].

§ **1150**. 3) L'autorité de la chose jugée ne s'applique, suivant une formule consacrée en jurisprudence, qu'aux causes nécessaires et immédiates de l'absolution, de l'acquittement ou de la condamnation, et non point aux constatations ou déclarations que le tribunal criminel n'avait pas mission de faire ou d'émettre[1]. Celles-là sont, en quelque sorte, indifférentes et surabondantes, et le tribunal civil a le droit de n'en tenir aucun compte, par application du principe que les motifs des jugements n'ont force de chose jugée qu'à condition de se confondre avec son dispositif[2]. La justice criminelle épuise, par conséquent, ses pouvoirs en déclarant l'accusé ou le prévenu non coupable, et, lorsqu'elle constate en même temps la matérialité des faits relevés à sa charge, son affirmation est sans valeur au point de vue des intérêts

« daire : c'est l'homme qu'il faut étudier ; la décision est donc toujours variable, « et n'est jamais qu'une question de fait et d'espèce » (*Op. cit.*, p. 366).

[8] Voy., en ce sens, Bonnier, *op. cit.*, n° 916; Ortolan, *Acquittement pénal, condamnation civile, à propos de l'affaire Armand* (dans la *Revue pratique de droit franais*, t. XVII, 1864, p. 385 et suiv.); Beudant, *op. cit.* (dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. XXIV, 1864, p. 492 et suiv.); Lanfranc de Panthou, *Chose jugée au criminel, acquittement, action civile* (dans la *Revue pratique du droit français*, t. XXXVI, 1873, p. 270 et suiv.); crim. rej. 26 déc. 1863 (D. P. 64. 1. 319); civ. rej. 10 déc. 1866 (D. P. 66. 1. 448); crim. rej. 13 juill. 1872 (D. P. 72. 1. 377).

§ **1150**. [1] Voy., sur l'application de cette règle, req. 29 août 1810 (D. A. *v° cit.*, n° 579); req. 19 févr. 1812 (D. A. *v° cit.*, n° 557); req. 17 mars 1813 (D. A. *v° cit.*, n° 551); req. 8 sept. 1813 (D. A. *v° cit.*, n° 557); req. 25 oct. 1814 et 19 août 1818 (D. A. *v° cit.*, n° 579); req. 26 mai 1829, Paris, 21 mai 1831 (D. A. *v° cit.*, n° 566); civ. cass. 23 nov. 1835 (D. A. *v° cit.*, n° 577); cons. d'Ét. 16 déc. 1835 (D. A. *v° cit.*, n° 565); Rouen, 12 mars 1836, civ. rej. 6 févr. 1837, req. 3 juill. 1844 (D. A. *v° cit.*, n° 579); Paris, 19 juill. 1844 (D. A. *v° cit.*, n° 559); req. 8 déc. 1846 (D. P. 52. 5. 95); req. 12 janv. 1852 (D. P. 52. 1. 36); crim. rej. 1er sept. 1854 (D. P. 55. 1. 43); req. 4 avr. 1855 (D. P. 55. 1. 104); Chambéry, 7 août 1868 (D. P. 69. 2. 12); req. 27 janv. 1869 (D. P. 69. 1. 169); civ. cass. 23 mai 1870 (D. P. 70. 1. 308); Alger, 10 juin 1871 (D. P. 72. 2. 207); req. 14 août 1871 (D. P. 71. 1. 239); cons. d'Ét. 11 déc. 1871 (D. P. 72. 3. 65); civ. cass. 25 mai 1872 (D. P. 73. 1. 71); Riom, 30 janv. 1883 (D. P. 84. 2. 199); trib. de la Seine, 14 janv. 1891 (D. P. 93. 2. 57); et les arrêts cités *infrà*, notes 3, 4 et 5.

[2] Voy. *suprà*, § **1126**.

civils. Lors donc qu'elle proclame l'existence des faits incriminés en reconnaissant qu'ils ne constituent ni crime ni délit, il n'y a pas chose jugée sur l'existence de ces faits, et le prévenu a le droit de la remettre en question devant les tribunaux civils[3]; il en est de même lorsqu'un tribunal de répression constate l'existence du corps du délit, en même temps qu'il déclare le prévenu non coupable[4]; et, à plus forte raison, les décisions criminelles d'acquittement, d'absolution et de condamnation n'ont-elles pas autorité de chose jugée quant aux faits connexes qu'elles relèvent à la charge du prévenu ou de l'accusé, sans qu'ils fûssent compris dans la poursuite[5]. On exprime encore la même idée en disant que l'autorité de la chose jugée se limite à ce qui a été formellement décidé par le jugement de condamnation, et ne s'applique ni aux faits qui n'entrent pas dans la composition du délit, ni aux faits mêmes qui le composent mais que l'on considère isolément de ce délit[6]. C'est aussi par application de ce principe que la solution des questions civiles soulevées accessoirement ou incidemment devant les tribunaux de répression n'a pas, au civil, autorité de chose jugée : le jugement ou l'arrêt qui condamne un parricide, un banqueroutier ou un bigame n'établit pas, avec l'autorité de la chose jugée en ce qui concerne les intérêts civils, la filiation du parricide, l'état de faillite du banqueroutier, et, quant au bigame, la validité du premier mariage et la nullité du second[7].

§ **1151**. 4) Il est constant en jurisprudence que les jugements criminels ont autorité de chose jugée au civil quant à la qualification pénale des faits qui font l'objet des poursuites, et qu'ainsi la juridiction civile ne peut pas, en vue de porter à dix ans la prescription de l'action civile[1],

[3] Civ. cass. 23 mai 1870 (D. P. 70. 1. 308).
[4] Req. 16 août 1847 (Sirey, *op. cit.*, t. XLVIII, 1e part., p. 280).
[5] Req. 3 août 1853 (D. P. 54. 1. 74).
[6] Griolet, *Note* dans D. P. 69. 1. 169. Voy., sur l'application de ce principe, req. 26 mars 1867 (D. P. 67. 1. 305); Orléans, 9 juin 1870 (D. P. 70. 2. 225); civ. rej. 18 juin 1872 (D. P. 72. 1. 268).
[7] Crim. rej. 24 juin 1864 (D. P. 64. 1. 450).

§ **1151**. [1] L'action publique se prescrit par dix ans à l'égard des crimes, et

qualifier crime un fait qu'un tribunal criminel aurait qualifié délit et puni comme tel[2]. Que craint-on? Est-ce seulement de proclamer officiellement l'existence d'un crime qui n'a pas été puni comme tel et ne peut plus l'être? Non, car la solution serait la même si la nouvelle qualification n'impliquait ni une criminalité plus grande ni une pénalité plus élevée. Lors donc qu'un tribunal correctionnel a qualifié d'abus de confiance le détournement d'un meuble, le propriétaire ne peut soutenir au civil, en vue d'exercer la revendication permise en cas de vol par l'article 2279 du Code civil, que ce détournement présentait les caractères d'un vol[3] : peu importe que, la peine du vol soit, suivant les circonstances, supérieure ou inférieure à celle de l'abus de confiance[4]. La vérité, c'est que la justice criminelle est exclusivement compétente, non-seulement pour statuer sur l'existence des infractions à la loi pénale, et sur la culpabilité des personnes traduites devant elle, mais encore pour qualifier les faits qui lui sont déférés[5]. Toutefois, cette

par trois ans à l'égard des délits (C. instr. crim., art. 637 et 638); l'action civile se prescrit par le même temps, lors même qu'elle est intentée séparément (Voy. *suprà*, § **474**, note 24).

[2] Paris, 13 avr. 1872 (D. P. 73. 2. 150). Ce qui n'exclut pas, bien entendu (Voy. le même arrêt), le droit de demander des dommages-intérêts à raison du délit tel qu'il a été qualifié. A plus forte raison, la juridiction civile peut-elle qualifier crimes des faits allégués pour la première fois devant elle, et qui ne sont pas connexes — ou, du moins, rien ne l'établit — avec d'autres faits précédemment poursuivis et punis comme délits (Req. 28 févr. 1855; D. P. 55. 1. 343).

[3] Req. 23 déc. 1863 (D. P. 65. 1. 80). La revendication des meubles n'est admise, en vertu de l'article 2279 du Code civil, que dans le cas de vol proprement dit; elle ne doit pas être étendue aux cas d'escroquerie, d'abus de confiance et de violation de dépôt (Merlin, *Répertoire*, v° *Revendication*, § 1, n° VI, *Questions de droit*, *eod. v°*, § I, Duranton, *op. cit.*, t. XV, n° 286, Aubry et Rau, *op. cit.*, 5e édit., t. II, p. 320. Marcadé, *op. cit.*, t. XII, sur les art. 2279 et 2280, n° 5, Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. VIII, n° 387 *bis*-XV, Laurent, *op. cit.*, t. XXXII, n° 595, Dalloz et Vergé, *op. cit.*, art. 2279, nos 98 et suiv.; *contrà*, Toullier, *op. cit.*, t. XIV, nos 118 et 119, et, pour le cas d'escroquerie, Troplong, *De la prescription*, t. II, n° 1069).

[4] Certains vols ne sont punis que de l'emprisonnement (C. pén., art. 388 et 401); certains abus de confiance sont punis de la réclusion (C. pén., art. 408, al. 2).

[5] Aubry et Rau, *op. cit.*, 4e édit., t. VIII, p. 406. Il faut supposer, pour l'application de cette règle, que la qualification établie par le jugement civil est inconciliable avec celle qui résulte du jugement criminel : le jugement criminel qui condamne un individu pour s'être rendu coupable d'abus de confiance comme mandataire de l'État, n'est pas incompatible avec le jugement civil qui déclare ultérieurement que la responsabilité civile du même individu est engagée à raison de sa qualité d'entrepreneur responsable des fautes commises par ses préposés (Req. 26 mai 1875; D. P. 77. 1. 248).

partie des jugements criminels n'a autorité au civil que s'ils ont qualifié les faits incriminés pour les déclarer punissables et pour prononcer la peine; il en est autrement s'ils ne les ont qualifiés qu'en vue de l'application de la prescription de l'action publique. Que fait, en somme, un tribunal criminel en déclarant que l'action publique est prescrite? Il ne statue ni sur l'existence ni sur la qualification des faits poursuivis; il déclare même qu'il n'y a lieu ni d'affirmer ni de qualifier des actes que la répression ne peut plus atteindre : un tribunal civil n'y contredit donc pas en déclarant que ces actes ne constituent ni crime ni délit ni contravention, et que l'action en dommages-intérêts qui en résulte ne se prescrit que par trente ans[6]. Une question plus délicate est de savoir si les juges civils auraient le droit de qualifier autrement, sous leurs rapports purement civils, les contrats qui se rattachent aux faits précédemment poursuivis au criminel : par exemple, ceux dont la violation constitue l'abus de confiance prévu et puni par l'article 405 du Code pénal. Primus a remis à Secundus des marchandises; Secundus se les est appropriées; Primus poursuit Secundus pour abus de confiance; le tribunal condamne Secundus comme ayant dissipé ou détourné des marchandises qui lui avaient été remises à titre de dépôt; Primus agit ensuite au civil en paiement du prix de ces marchandises; Secundus soutient qu'il n'en était pas dépositaire. Le tribunal peut-il lui donner gain de cause en qualifiant autrement que les juges correctionnels le contrat intervenu entre Primus et Secundus? Je distingue et je dis : non, si la qualification nouvelle est exclusive du délit d'abus de confiance; oui, dans le cas contraire. Le tribunal civil peut donc juger que les marchandises ont été livrées en nantissement, car cette qualification laisse subsister l'abus de confiance qui consiste à dissiper ou à détourner des effets

[6] Req. 9 mai 1843 (D. A. v° *Eaux*, n° 457). L'action civile ne se prescrit par un, trois ou dix ans qu'à l'égard des faits qualifiés contraventions, délits ou crimes; quant aux simples délits civils, elle ne se prescrit que par trente ans (C. civ., art. 2262). Le juge civil peut-il, au point de vue de la prescription de l'action civile, donner au fait allégué devant lui une autre qualification pénale que celle qui résulte d'un jugement criminel antérieurement rendu, qualifier délit un fait où la justice criminelle n'a vu qu'un crime, et *vice versâ?* Voy., sur ce point, Griolet, *op. et loc. cit.*

remis à titre de dépôt ou de nantissement[7]; mais juger que Primus a vendu ces marchandises et que Secundus en est devenu propriétaire, le tribunal civil n'en a pas le droit, car cela reviendrait à dire que Secundus n'a pas commis d'abus de confiance, et il y a chose jugée en sens contraire tant au civil qu'au criminel[8].

[7] C'est par application de cette règle que la cour de Poitiers a jugé, le 6 décembre 1876, que l'arrêt qui condamne un notaire pour abus de confiance commis au préjudice d'un emprunteur, ne se prononce que sur le fait du détournement, et laisse entière la question de savoir si les fonds avaient été seulement confiés au notaire par le prêteur pour être remis à l'emprunteur, ou si l'emprunteur avait réellement reçu la somme et l'avait ensuite laissée aux mains du notaire. Cet arrêt ne s'oppose donc pas à ce que l'emprunteur poursuive la nullité ou la fausseté de l'acte qui constate qu'il a reçu les fonds (D. P. 77. 2. 217). Voy., sur les caractères et les variétés de l'abus de confiance, Chauveau-Adolphe et Faustin-Hélie, *op. cit.*, t. V, nos 2031 et suiv.

[8] La cour de cassation n'a pas admis cette distinction dans le célèbre arrêt Mirès, du 26 juillet 1865, qui apporte une restriction considérable, et à mon sens inexacte, à la jurisprudence qui a consacré l'autorité, au civil, de la chose jugée au criminel. Voici les faits. Mirès, fondateur et directeur d'une maison de banque dite Caisse des chemins de fer, est poursuivi correctionnellement, en 1861, pour avoir vendu une certaine quantité de titres que ses clients ont déposés chez lui en nantissement : faits qui constituent tantôt le délit d'escroquerie prévu par l'article 405 du Code pénal, tantôt le délit d'abus de confiance prévu par l'article 408 du même Code. Après divers incidents qu'il est inutile de rappeler, arrêt de la cour de Douai, du 21 avril 1862, qui renvoie Mirès des fins de la plainte, attendu que les contrats intervenus entre ses clients et lui constituaient des prêts de consommation, qu'il était ainsi devenu propriétaire des titres qui lui avaient été remis, et qu'il avait eu, par conséquent, le droit d'en disposer (D. P. 62. 1. 305). Pourvoi du procureur général près la cour de cassation, et cassation, mais seulement dans l'intérêt de la loi, par arrêt du 28 juin 1862 (D. P. 62. 1. 305). Immédiatement après, deux des clients dont Mirès a vendu des titres, Danner et Courtois, assignent Mirès et les liquidateurs de la Caisse des chemins de fer devant le tribunal de commerce de la Seine, en restitution de leurs titres ou de la valeur qu'ils avaient en bourse au jour où Mirès en a disposé. Les défendeurs opposent une exception tirée de l'arrêt de la cour de Douai, duquel il résulte que Mirès était devenu propriétaire de ces titres, à charge seulement de rendre d'autres titres de même nature ou la valeur des titres aliénés au jour de l'arrêté de compte. Jugements, confirmés par deux arrêts de la cour de Paris du 22 janvier 1864 (D. P. 65. 1. 490 et 492), qui font droit aux prétentions de Danner et Courtois. Pourvoi de Mirès et des liquidateurs pour violation de l'article 1351 du Code civil, en ce que les premiers juges ont repoussé l'exception de chose jugée, et déclaré Danner et Courtois propriétaires des titres par eux déposés à la Caisse des chemins de fer, alors que la cour de Douai avait déclaré souverainement que Mirès en avait acquis la propriété. Arrêt de la cour de cassation (chambre civile), du 26 juillet 1865 (D. P. *ib.*), qui rejette le pourvoi par ces motifs déjà rapportés en partie, *suprà*, § **1144**, note 6 : « Attendu que, si les décisions rendues au criminel sont souveraines, « et si elles ont envers et contre tous l'autorité de la chose jugée, c'est en ce « sens qu'il ne demeure permis à personne de remettre en question le fait « qu'elles affirment ou qu'elles nient, non plus que le caractère délictueux ou « non délictueux qu'elles ont donné à ce fait générateur de l'action publique, « mais que la juridiction civile, en même temps qu'elle est liée non-seulement « par le dispositif de ces décisions, mais aussi par ceux de leurs motifs qui se

§ **1152**. 5) La chose jugée ne résulte, en matière criminelle comme en matière civile, que des jugements proprement dits; elle ne s'attache ni aux ordonnances de non-lieu des juges d'instruction ni aux arrêts de non-lieu des chambres des mises en accusation, car ces juridictions ne jugent rien, sinon qu'il n'y a pas lieu à renvoyer devant les tribunaux de jugement[1]. Nul doute pour les ordonnances et arrêts de non-lieu fondés sur l'insuffisance des charges, car ils ne sont pas définitifs, et de nouvelles charges pourraient justifier de nouvelles poursuites[2]; nul doute encore lorsque ces décisions s'expliquent précisément sur le fait incriminé, et déclarent qu'il n'existe pas ou que le prévenu n'en est pas l'auteur, car elles sont révocables au cas où il se découvre de nouveaux indices de la matérialité du fait ou de la cul-

« réfèrent aux qualifications pénales, reste pleinement maîtresse d'apprécier au-« trement, sous leurs rapports purement civils, les contrats se rattachant aux « faits qui ont donné lieu à la poursuite criminelle ou correctionnelle, et pou-« vant servir de base à des actions civiles intéressant des tiers non parties aux « débats; qu'il suit de là que les arrêts attaqués, en statuant au point de vue « civil sur le caractère et les conséquences des opérations dont il s'agit au pro-« cès, n'ont pas violé l'autorité de la chose correctionnellement jugée par l'arrêt « de la cour d'appel de Douai ». Il me suffira de faire remarquer : 1° que, si le contrat intervenu entre Mirès et ses clients était un nantissement, Mirès avait commis, en disposant des titres à lui confiés, le délit dont la cour de Douai l'avait proclamé innocent, et que les arrêts du 22 janvier 1864 allaient ainsi directement à l'encontre de la chose souverainement jugée par cette cour; 2° que les actions sur lesquelles ils avaient statué n'intéressaient pas les tiers, mais les personnes lésées qui ne s'étaient pas, il est vrai, constituées parties civiles devant la juridiction correctionnelle, mais qui ne peuvent être considérées comme des tiers lorsqu'il s'agit de déterminer l'autorité de la chose jugée au civil sur le criminel (Voy., sur ce point, *suprà*, §§ **1141** et suiv., et *infrà*, § **1157**, note 1).

§ **1152**. [1] Merlin, *Questions de droit*, v° *Réparations civiles*, § III. Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 414. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 409. Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1351, n° 183. Griolet, *op. cit.*, p. 350 et suiv.

[2] Req. 12 août 1834 et 20 avr. 1837 (D. A. *v° cit.*, n° 539). Bordeaux, 22 août 1837 (D. A. *v° cit.*, n° 586). Paris, 22 mars 1838; Toulouse, 13 mars 1839 (D. A. *v° cit.*, n° 587). Req. 17 juin 1841 (D. A. *v° cit.*, n° 589). Besançon, 8 nov. 1866 (D. P. 66. 2. 200). Req. 17 juin 1867 (D. P. 68. 1. 17). Bruxelles, 31 mars 1874 (D. P. 75. 2. 72). Besançon, 22 févr. 1875 (D. P. 76. 2. 116). Paris, 3 juill. 1875 (D. P. 77. 5. 78). Req. 10 avr. 1876 (D. P. 76. 1. 390). Alger, 1er mars 1880 (D. P. 82. 2. 139). Req. 31 mars 1885 (D. P. 85. 1. 188). Paris, 14 avr. 1892 (D. P. 92. 2. 347; S. 93. 2. 140). On ne pourrait citer, en sens contraire, que trois arrêts très anciens (Nîmes, 18 mai 1813, D. A. v° *Faillite*, n° 693; req. 4 mai 1817, civ. cass. 21 avr. 1819, D. A. v° *Chose jugée, loc. cit.*). Deux autres semblent distinguer suivant que la personne lésée s'est portée, ou non, partie civile dans l'instance criminelle (Bruxelles, 3 mars 1814, req. 10 avr. 1822; D. A. *v° cit.*, n° 586), mais un arrêt de la cour de Paris, du 30 décembre 1836, repousse formellement cette distinction, et dénie aux décisions de non-lieu toute autorité au civil dans le cas même où la personne lésée s'est constituée partie civile (D. A. *v° cit.*, n° 592).

pabilité du prévenu[3]. Une seule hypothèse peut faire difficulté, celle d'un arrêt de non-lieu rendu en présence de la partie lésée constituée partie civile, et fondé sur la prescription de l'action publique : cette décision n'étant pas révocable et le prévenu se trouvant désormais hors d'atteinte, on en a quelquefois conclu qu'elle a autorité de chose jugée au civil et rend l'action civile non-recevable, mais cette solution n'est pas exacte. Il n'y a chose jugée sur l'action civile, même en présence des parties civiles, que si cette action est rejetée au fond ; il en est autrement si elle est seulement déclarée non-recevable, car, encore une fois, le fond n'est pas jugé, et l'influence du criminel sur le civil ne peut résulter, en dehors des jugements de condamnation, que des décisions qui nient expressément que les faits incriminés aient été commis ou que le prévenu y ait pris part[4]. Il est presque inutile d'ajouter que les décisions disciplinaires n'ont aucune autorité au civil : l'action disciplinaire et l'action civile en responsabilité sont absolument indépendantes[5], et la solution de l'une est sans influence sur le sort de l'autre[6].

§ **1153**. B. Telle est l'autorité des jugements criminels à l'égard de l'action civile proprement dite. Telle est aussi leur influence dans les autres cas énumérés au § **1140**.

§ **1154**. 1° Et, d'abord, sur les autres demandes à fins civiles que la partie lésée par un crime, un délit ou une contravention peut intenter contre le prévenu : demandes en divorce ou en séparation de corps, actions en nullité fondées sur le dol ou la violence, demandes en déclaration d'indignité ou en révocation de donation pour cause d'ingratitude[1]. Le prévenu a-t-il été condamné, l'existence des faits allégués à sa charge et la part qu'il y a prise ne peuvent être remises en question devant la juridiction civile[2]. A-t-il au contraire,

[3] Civ. rej. 19 mars 1860 (D. P. 60. 1. 135).
[4] Voy., en ce sens, Griolet, *op. et loc. cit.*
[5] Voy., sur ce principe, t. I, § **150**.
[6] Nancy, 10 mai 1873 (D. P. 74. 2. 232).

§ **1153**...

§ **1154**. [1] Comment la question peut-elle se poser? Voy. *suprà*, § **1144**.
[2] Merlin, *Répertoire*, v^is *Chose jugée*, § XV, et *Non bis in idem*, n°s 15 et suiv.;

été acquitté, absous ou renvoyé de la poursuite, ce jugement ne met aucun obstacle à l'exercice des demandes civiles auxquelles il est en butte, car ces faits qui ne constituent ni crime ni délit, ou dont il a été déclaré non coupable aux yeux de la loi pénale, peuvent avoir été commis par lui et être assez graves pour entraîner, au civil, sa condamnation[3]. C'est ici le cas d'appliquer l'article 235 précité du Code civil, aux termes duquel on ne doit inférer de l'arrêt qui absout ou acquitte un époux poursuivi criminellement « aucune fin de non-recevoir ou exception préjudicielle » contre la demande en divorce ou en séparation de corps formée contre lui par son conjoint[4]. Il faudrait, pour qu'il en fût autrement, qu'un jugement correctionnel eût renvoyé le prévenu de la poursuite dirigée contre lui, attendu que les faits allégués n'existent pas ou qu'il n'en est pas l'auteur : dans ce cas, mais dans ce cas seulement, il y aurait chose jugée au civil, en ce sens que ces mêmes faits ne pourraient plus être prouvés à l'appui de l'une quelconque des demandes qui viennent d'être énumérées[5].

§ **1155**. 2° Il en est de même à l'égard des personnes civilement responsables, qui, citées devant le tribunal de répression, sont ainsi devenues parties dans l'instance criminelle au même titre que le prévenu. Toutefois, ce n'est pas en matière correctionnelle ou de police que la question peut se poser pour elles, car le juge, tenu de statuer par un seul et même jugement sur l'action publique et sur l'action civile, donnera certainement, sur ces deux points, des solutions conformes ; si, par impossible, il en était autrement, c'est par contradiction que le jugement pécherait, et non point par violation de l'autorité de la chose jugée[1]. Ce qu'il faut supposer,

Questions de droit, v° *Faux*. § VI. Duranton, *op. cit.*, t. XIII, n°s 494 et suiv. Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 416. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 407. Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1351, n° 173. Bonnier, *op. cit.*, n° 917.

[3] Merlin, *Questions de droit*, *v° et loc. cit.* Duranton, *op. cit.*, t. XIII, n° 489. Toullier, *op. cit.*, t. VIII, n°s 32 et suiv. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 411 et 412. Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1351, n° 174.

[4] Voy., sur cet article, *suprà*, § **1143**.

[5] Voy., sur ce point, *suprà*, § **1148**.

§ **1155**. [1] Voy., sur cette hypothèse, *suprà, ib.*

c'est un procès au grand criminel où des personnes civilement responsables ont été citées devant la cour d'assises : le verdict du jury aura-t-il autorité de chose jugée quant à l'action civile en responsabilité? Il faut distinguer, comme à l'égard de l'accusé lui-même, entre le verdict de condamnation et le verdict d'acquittement[2]. L'accusé est-il condamné, les personnes civilement responsables ne pourront plus plaider devant la cour l'inexistence des faits incriminés ou l'innocence de l'accusé, mais elles pourront soutenir encore non-seulement que la partie civile n'a subi aucun préjudice[3], mais encore qu'elles-mêmes ne sont pas civilement responsables dans les termes de l'article 1384 du Code civil[4], et, spécialement, qu'il leur a été impossible d'empêcher le fait à raison duquel elles ont été recherchées[5]. L'accusé est-il acquitté, il n'en résulte pas, comme on l'a vu, qu'il n'ait pas commis matériellement les faits qui lui sont imputés : les personnes citées comme civilement responsables pourront donc être condamnées, sous le bénéfice des distinctions qui précèdent, à réparer le dommage qui en est résulté[6].

§ **1156**. 3° Reste, enfin, l'hypothèse où c'est le prévenu qui forme la demande en dommages-intérêts[1]. Il le peut, d'abord, en cas d'acquittement, à raison de la dénonciation calomnieuse dont il a été victime : le jugement criminel influe alors sur le civil, en ce sens que le dénonciateur n'est pas admis à prouver que l'accusé fût coupable pour en conclure

[2] Voy., sur cette distinction, le § précédent.

[3] Voy., sur ce point, *suprà*, § **1149**.

[4] Voy., sur les conditions de la responsabilité du fait d'autrui, Demolombe, *op. cit.*, t. XXXI, nos 561 et suiv.; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 756 et suiv.; Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, n° 365 *bis*-I et suiv.; Laurent, *op. cit.*, t. XX, nos 550 et suiv.; Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1384, nos 1 et suiv.

[5] Il résulte de l'article 1384 du Code civil : 1° que les père et mère, les instituteurs et les artisans peuvent s'affranchir de la responsabilité qui leur incombe en prouvant qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui l'engage; 2° que les maîtres et les commettants n'ont pas le droit d'invoquer cette excuse (Voy., sur ce dernier point, Duranton, *op. cit.*, t. XIII, n° 724; Toullier, *op. cit.*, t. XI, n° 283; Demolombe, *op. cit.*, t. XXXI, n° 611; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 761; Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, n° 365 *bis*-VII; Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1384, nos 23 et suiv.; Dijon, 23 avr. 1869, D. P. 69. 2. 194).

[6] Voy., sur l'autorité de la chose jugée au criminel, en ce qui concerne les personnes civilement responsables, Griolet, *op. cit.*, p. 332.

§ **1156**. [1] M. Griolet fait allusion à cette hypothèse (*Op. et loc. cit.*).

qu'il n'a pas été calomnié. A l'inverse, le condamné a le droit d'actionner au civil, en vertu de l'article 1382 du Code civil, les personnes qui l'ont dénoncé et fait condamner. Obtiendra-t-il les dommages-intérêts qu'il réclame? C'est plus que douteux, car ces personnes exerçaient un droit, et remplissaient même un devoir; en dénonçant à la justice le crime ou le délit dont elles avaient connaissance; toutefois, l'exception de chose jugée n'est pas opposable en l'espèce, car il n'y a pas contradiction entre le jugement qui a condamné le prévenu aux peines portées par la loi, et celui qui lui alloue des dommages-intérêts pour le tort que lui cause la dénonciation portée contre lui. La même question s'est posée sous une autre forme, et a reçu une solution identique dans l'affaire d'un individu condamné correctionnellement qui intentait une action civile en dommages-intérêts, pour cause de faux témoignage, contre un témoin sur la déposition duquel il prétendait avoir été condamné : il a été jugé avec raison que l'exception de la chose jugée au criminel ne pouvait être opposée à cette demande, car la preuve du faux témoignage, fût-elle acquise, ne contredit pas le jugement de condamnation précédemment rendu : sait-on, en effet, si la déposition de ce faux témoin a été la cause unique et déterminante de cette condamnation, et, de ce qu'un témoin s'est parjuré, s'ensuit-il nécessairement que le prévenu fût innocent[2].

§ **1157**. *Seconde question : quelle est l'autorité des jugements criminels à l'égard des tiers qui n'y ont pas été parties, ou qui n'avaient pas qualité pour y intervenir?*

Il ne s'agit plus des personnes lésées qui se sont constituées parties civiles ou qui ont négligé de le faire, et des personnes civilement responsables qui ont été citées devant un tribunal de répression. Il s'agit uniquement des personnes civilement responsables qui n'y ont pas été citées, et des tiers dont les droits dépendent indirectement des jugements qui y ont été rendus[1]. Ce sera, par exemple, Tertius qui revendique un

[2] Grenoble, 18 janv. 1855 (D. P. 55. 2. 14).

§ **1157**. [1] J'insiste sur ce point pour prévenir une confusion dans laquelle on tombe souvent, et qui consiste à regarder comme tiers, en cette matière, les personnes qui, lésées par un crime, un délit ou une contravention, ne se

objet comme lui appartenant, après qu'un jugement criminel a déclaré que Primus en était propriétaire et que Secundus le lui a volé[3] — ou qui plaide qu'un acte n'est point entaché de faux, alors que, sur la plainte de Primus, Secun-

sont pas constituées parties civiles devant le tribunal de répression. Or il résulte des explications données aux §§ **1441** et suivants que le jugement criminel a, quant à ces personnes, l'autorité de la chose jugée, et que la question qui s'agite actuellement ne se pose point pour elles. Je regarde donc comme étrangers à cette question : 1° l'arrêt de la chambre des requêtes, du 23 décembre 1863, aux termes duquel la personne lésée par un fait qualifié abus de confiance dans un jugement correctionnel ne peut prétendre au civil, afin d'exercer la revendication permise par l'article 2279 du Code civil, que le délit commis à son préjudice constituait un vol de meubles (D. P. 65. 1. 81; voy. cep. Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 439; voy. aussi, sur cet arrêt, *suprà*, § **1151**, note 3); 2° l'arrêt de la cour d'Angers, du 26 mai 1864, qui porte que les constatations de fait contenues dans les arrêtés des conseils de préfecture, en matière de contravention de grande voirie, ne peuvent être remises en question devant les tribunaux civils par les personnes qui se plaignent du préjudice causé par ces contraventions (D. P. 64. 2. 129); 3° l'arrêt de la chambre civile, du 3 août 1864, d'après lequel la décision correctionnelle, qui prononce une condamnation pour contravention à la loi sur la pêche fluviale, a autorité de chose jugée au profit des particuliers qui exercent au civil l'action en réparation du dommage à eux causé par cette condamnation (D. P. 64. 1. 430); 4° l'arrêt de la cour de Lyon, du 17 août 1867, qui pose en principe que le verdict affirmatif du jury a autorité de la chose jugée au profit de quiconque forme, à raison du même fait et contre le même individu, une action civile en dommages-intérêts (D. P. 68. 2. 110). Je ne puis m'associer davantage aux craintes qu'inspire à quelques auteurs l'application de l'autorité absolue de la chose jugée en matière de mariage. « Si l'on entend, dit Bonnier, l'article « 198 du Code civil en ce sens que l'existence d'un mariage dont la preuve a « été établie sur les conclusions du ministère public est pleinement constatée, « même vis-à-vis des personnes étrangères au procès criminel, le jugement cri- « minel lie les prétendus époux, bien qu'ils ne se soient point portés parties « civiles et qu'ils n'aient pas eu connaissance de la procédure » (*Op. cit.*, n° 910; aj. Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 441, Valette, sur Proudhon, *op. cit.*, t. II, p. 106). On remarquera, en effet : 1° qu'il ne s'agit point, dans ce cas, de l'autorité de la chose jugée au criminel à l'égard des tiers, car les époux, directement lésés par le crime ou par le délit qui a fait disparaître la preuve de leur mariage, ne sont pas des tiers *secundum subjectam materiam*, et on ne pourrait regarder comme *res inter alios acta*, par rapport à eux, le jugement criminel d'où résulte la preuve de leur mariage, sans contester l'effet absolu des jugements criminels à l'égard des personnes lésées par un crime, un délit ou une contravention, qui ne se sont pas constituées parties civiles devant le tribunal de répression (Voy. la réfutation de cette thèse, *suprà*, § **1143**); 2° qu'on crée une difficulté insoluble, si l'on ne veut pas que la preuve du mariage résulte d'une procédure criminelle, même à l'égard des époux qui ne s'y sont pas constitués parties civiles. On n'a qu'à supposer pour cela que le prétendu mari Primus se soit porté partie civile, et que la prétendue épouse Secunda se soit tenue à l'écart de l'instance criminelle, ou *vice versâ* : le jugement criminel d'où résulte la preuve de la célébration du mariage possède incontestablement l'autorité de la chose jugée à l'égard de Primus, et, s'il ne l'a pas à l'égard de Secunda, il sera irrévocablement jugé que Primus est marié avec Secunda, mais il ne sera pas jugé que Secunda soit mariée avec Primus (Comp., sur l'article 198 du Code civil, *suprà*, § **1143**).

[3] Voy., par exemple, req. 2 août 1815 (D. A. v° *Chose jugée*, n° 549).

dus a été condamné pour l'avoir falsifié[3] — ou qui se voit opposer, en sa qualité d'héritier légitime, le jugement criminel qui, sur la plainte de Primus, a condamné Secundus pour détournement frauduleux d'un testament olographe, et a reconnu par-là l'existence de ce testament[4] — ou qui, ayant reçu comme notaire un acte dans lequel a comparu Primus, condamné depuis sur la plainte de Secundus comme coupable de faux par supposition de personne, est actionné lui-même au civil comme ne s'étant pas suffisamment assuré de l'identité des personnes qui s'étaient présentées devant lui[5]. La seule différence qui existe, au point de vue de l'autorité de la chose jugée, entre Tertius et les personnes civilement responsables, c'est qu'il n'a pas, comme elles, le droit d'intervenir spontanément dans le procès criminel[6]. L'influence du criminel sur le civil s'étend-elle à ce nouvel ordre de questions? La difficulté est assez grave pour que Merlin ait soutenu le pour et le contre[7], et, de fait, trois opinions s'y sont produites.

§ **1158**. 1° On a prétendu, d'abord, que la chose jugée au criminel n'a qu'une autorité relative au civil, et qu'elle est *res inter alios acta* pour tous autres que le prévenu, les parties lésées, et les personnes civilement responsables qui ont été citées devant le tribunal de répression ou qui y sont intervenues spontanément[1]. Je renvoie, pour la réfutation

[3] Voy., par exemple, Paris, 13 fruct. an X (D. A. *v° cit.*, n° 553).

[4] Voy., par exemple, Poitiers, 2 déc. 1852 (D. P. 55. 2. 332).

[5] Voy., par exemple, req. 14 févr. 1860 (D. P. 60. 1. 161).

[6] Voy. sur le droit, pour les personnes civilement responsables, d'intervenir devant les tribunaux de répression, Faustin-Hélie, *op. cit.*, t. VI, n°s 2585 et 2649, t. VIII, n° 3818. L'article 366 du Code d'instruction criminelle dispose, en outre, que la cour d'assises « ordonnera que les effets pris seront restitués « au propriétaire », et autorise ainsi implicitement l'intervention des personnes qui se prétendent propriétaires de ces effets, mais le débat ne doit pas sortir des limites déterminées par cet article. La cour ne doit pas admettre l'intervention des personnes qui prétendraient faire valoir, à l'occasion des objets saisis, d'autres droits que leur droit de propriété sur ces objets : les personnes qui prétendent que des droits résultent pour elles d'un acte entaché de faux ne peuvent donc pas intervenir dans la procédure criminelle de faux principal à laquelle cet acte a donné lieu (Faustin-Hélie, *op. cit.*, t. VIII, n° 3818; crim. cass. 24 janv. 1850, D. P. 50. 1. 55).

[7] Voy. le § suivant, note 1, et *infrà*, § **1160**, note 1.

§ **1158**. [1] Merlin, *Répertoire*, v° *Testament*, sect. V, § III. Griolet, *op. cit.*, p. 340 et suiv.

de cette thèse, aux explications que j'ai données au § **1143**, me bornant à ajouter : 1) que, si l'influence des jugements criminels sur les intérêts civils résulte du droit exclusif qu'ont les tribunaux criminels de statuer sur l'existence des infractions et sur la culpabilité des prévenus, cette autorité est nécessairement indépendante de la qualité et de la situation des personnes dont les intérêts sont en jeu; 2° que la règle « *Res inter alios judicata aliis nec nocet nec prodest* » est étrangère à ces questions, puisqu'elles ne doivent pas se poser sur le terrain de l'article 1351 du Code civil[2]; 3° que, si la chose jugée au criminel ne devait être pas opposée aux intéressés qui n'ont pas figuré dans l'instance criminelle, elle serait encore plus étrangère aux personnes lésées qui ne se sont pas constituées parties civiles devant le tribunal de répression, et qui n'y ont été, par conséquent, ni présentes ni représentées.

§ **1159**. 2° D'autres auteurs ont proposé une distinction. Les tiers peuvent avoir intérêt à méconnaître, au civil, l'autorité de la chose jugée au criminel : 1) *in mitius,* pour prétendre que l'inculpé a été condamné pour un fait qu'il n'a pas commis ou qui a été qualifié trop sévèrement; 2) *in pejus,* pour prétendre que l'inculpé a été acquitté pour un fait dont il est l'auteur, ou condamné à une peine trop légère pour un fait qu'on eût dû qualifier plus sévèrement. Dans le premier cas, la prétention des tiers serait fondée, et l'exception de chose jugée ne leur serait pas opposable; dans le second cas, ils ne seraient pas recevables, et le jugement criminel aurait autorité à leur encontre. La raison qu'on en donne, c'est que « la crainte d'amener la révéla-« tion scandaleuse de faits qui ne pourraient plus être at-« teints par la justice répressive ne doit point permettre de « réviser ainsi *in pejus* la décision du juge criminel sur la « qualification du délit »[1]. Je ferai, d'abord, observer que la prétention de réviser les jugements criminels *in mitius* dans l'intérêt des tiers soulève les mêmes objections que la thèse

[2] Voy. *suprà*, § **1142**.

§ **1159**. [1] Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, nos 439 et suiv. Bonnier, *op. et loc. cit.*

absolue d'après laquelle les jugements criminels n'auraient pas d'autorité à l'égard de ces personnes; mais trois autres raisons non moins décisives militent contre cette thèse, même sous la forme mitigée dans laquelle elle se présente actuellement. 1) Elle est arbitraire, car il n'est écrit dans aucun texte, et il ne résulte d'aucun principe, que les jugements criminels puissent être révisés au civil lorsqu'ils sont trop indulgents, et ne le puissent pas lorsqu'ils sont trop sévères. 2) S'il y a scandale à divulguer des faits criminels qui ne peuvent plus être poursuivis, il y en a plus encore à révéler une erreur judiciaire au nom d'un intérêt purement civil, et à faire proclamer par un tribunal civil qu'un innocent a été injustement condamné, peut-être même exécuté[2]. 3) La distinction proposée résoudra certaines questions — on pourra par exemple, après un procès criminel en faux principal, plaider l'innocence de l'accusé si le jury l'a déclaré non coupable, et l'on ne pourra plaider sa culpabilité si le jury l'a déclaré innocent — mais supposez que Primus se dise propriétaire d'un objet qui, d'après un jugement criminel, appartenait à Secundus et lui a été volé par Tertius, de quoi s'agira-t-il? De réviser le jugement *in pejus,* ou de le réviser *in mitius*[3]?

§ **1160**. 3° Aussi une doctrine absolue soutient-elle — et la jurisprudence est fixée en ce sens — que la chose jugée au criminel a autorité au civil à l'égard de toutes les personnes intéressées, excepté seulement celles au profit desquelles il existe une décision antérieure de la justice civile[1]. Cette opi-

[2] Voy., sur ce point, *suprà*, § **1143**.

[3] J'en pourrais dire autant de l'exemple proposé par M. Demolombe, d'une partie lésée qui soutient devant le tribunal civil qu'elle a été victime d'un vol, alors qu'elle n'a obtenu, au correctionnel, qu'une condamnation pour abus de confiance (*Op. et loc. cit.;* voy., sur la peine du vol et sur celle de l'abus de confiance, *suprà,* § **1151**, note 4), si les personnes lésées par les crimes, délits et contraventions n'étaient pas toujours parties au procès criminel, lors même qu'elles ne s'y sont pas constituées parties civiles (Voy., sur ce point, *suprà,* §§ **1141** et suiv., et **1157**, note 1).

§ **1160**. [1] Merlin, *Questions de droit*, *v° cit.*, § VI, n° 7. Duranton, *op. cit.*, t. XIII, n°s 464 et suiv. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 406. Marcadé, *op. cit.*, t. V, sur l'art. 1351, n° 15. Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1351, n° 173. Paris, 13 fruct. an X (D. A. *v° et loc. cit.*). Poitiers, 2 déc. 1852 (D. P. 55. 2. 332). Req. 14 févr. 1860 (D. P. 60. 1. 161). L'arrêt de la chambre des requêtes, du 2 août 1815 (cité *suprà*, § **1157**, note 2), n'est pas contraire à cette jurisprudence (Voy. sur cet arrêt, *infrà*, note 4).

nion se justifie, en principe, par les considérations exposées au § **1144**, et l'exception qu'on y apporte est même inutile, car on n'imagine pas qu'une juridiction quelconque, civile ou criminelle, puisse porter atteinte aux droits acquis en vertu d'un jugement définitif[2]. Toutefois, je n'admets cette autorité des jugements criminels à l'égard des tiers que sous le bénéfice d'une distinction dont j'ai posé le principe au § **1151**, à propos de l'autorité des qualifications données par les juges criminels aux contrats civils qui se rattachent à des faits criminels. Les tribunaux de répression n'ayant compétence exclusive qu'à l'effet de statuer sur l'existence des faits incriminés et sur la culpabilité des prévenus, les tribunaux civils peuvent réviser leurs décisions à la demande des tiers, s'il n'en doit pas résulter l'affirmation d'un délit que la justice criminelle a déclaré inexistant, ou la négation d'un délit dont elle a proclamé l'existence. Les tiers ne pourront donc pas nier, au civil, le fait matériel d'un vol dont l'auteur a été condamné, ou affirmer ce fait après que la juridiction correctionnelle a déclaré qu'il n'a pas été commis[3]; mais pourquoi Primus ne pourrait-il pas se dire propriétaire d'un objet que le tribunal correctionnel a déclaré avoir été volé par Secundus à Tertius son propriétaire? Cela ne remet en question ni l'existence du délit ni la culpabilité de son auteur : que Primus ou Tertius soit propriétaire, il est toujours certain que Secundus est un voleur[4].

§ **1161**. VII. On distingue, parmi les jugements, ceux qui créent une situation nouvelle, et ceux qui se bornent à dé-

[2] Voy., sur ce point, Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 440.

[3] Je tire à dessein cet exemple d'un procès correctionnel : je rappelle, en effet, qu'en matière criminelle proprement dite il est permis à la partie lésée et, à plus forte raison, aux tiers de plaider au civil que les faits dont le jury a déclaré l'accusé non coupable existent matériellement, et même qu'il en est l'auteur (Voy. *suprà*, § **1149**).

[4] C'est ainsi que la chambre des requêtes a jugé, dans l'arrêt du 2 août 1815 cité *suprà*, note 1, que, si un jugement criminel a déclaré que des effets de commerce appartiennent à un individu, la chose ainsi jugée ne peut être invoquée dans un procès civil par d'autres personnes et dans une autre demande. Ceci répond suffisamment à la crainte exprimée par M. Demolombe : « Comment! Je pourrais être dépouillé de la propriété d'un objet qui m'appartient, « parce qu'il aurait été jugé entre Pierre et Paul que Pierre était propriétaire de « cet objet, et que Paul le lui a volé! » (*Op. cit.*, t. XXX, n° 441; voy. aussi Bonnier, *op. et loc. cit.*; comp. req. 5 févr. 1895, D. P. 95. 1. 200, S. 97. 1. 128).

clarer des droits préexistants. Ils créent une situation nouvelle lorsqu'ils accordent, par exemple, le divorce, la séparation de corps ou de biens, l'interdiction, ou la nomination d'un conseil judiciaire; ils déclarent des droits préexistants lorsqu'ils prononcent, entre deux personnes, que l'une d'elles est propriétaire ou créancière[1]. L'intérêt de cette distinction est considérable : 1° au point de vue de la transcription, comme on le verra aux tomes IV et VIII de ce Traité à propos des jugements d'adjudication; 2° au point de vue de la rétroactivité.

a. Les jugements déclaratifs rétroagissent, en ce sens que les droits par eux reconnus sont réputés avoir toujours existé[2], et encore la loi prend-elle certaines précautions pour atténuer, dans l'intérêt des tiers, les dangers de cette rétroactivité. 1° La demande en révocation d'une donation pour cause d'ingratitude doit être inscrite, par extrait, en marge de la transcription de la donation, et le jugement qui la révoque ne préjudicie pas aux aliénations et constitutions d'hypothèque antérieures à cette inscription[3]. 2° Les jugements qui prononcent la résolution d'une vente d'immeuble pour défaut de paiement du prix ne sont opposables à l'adjudicataire, en cas de saisie, que si la demande en résolution a été notifiée au greffe avant l'adjudication[4].

b. Au contraire, les jugements constitutifs d'un nouvel état de choses ne rétroagissent pas, et les situations par eux créées ne datent que du jour où ils ont été prononcés : l'article 502 du Code civil en fournit la preuve en disant que l'interdiction et la nomination d'un conseil judiciaire n'ont d'effet que

§ **1161**. [1] Civ. cass. 14 déc. 1840 (D. A. v° *Action possessoire*, n° 522). Req. 6 avr. 1841 (D. A. v° *Obligations*, n° 5053). Civ. cass. 25 août 1868 (D. P. 68. 1. 397). Trib. de Béthune, 11 août 1892 (D. P. 94. 2. 52). Montpellier, 10 févr. 1896 (D. P. 97. 2. 269; S. 96. 2. 128). Paris, 10 août 1897 (D. P. 98. 2. 216). Aj. la note suivante.

[2] Bordeaux, 14 déc. 1841 (D. A. v° *Mariage*, n° 699). Par contre, ces jugements ne créent pas de droits nouveaux, et ne peuvent ni faire preuve de la propriété ni servir de juste titre contre les tiers (Pellat, *Exposé des principes généraux sur la propriété et ses principaux démembrements*, 2e éd. (Paris, 1853), p. 464 et suiv.; Corentin Guyho, *Un jugement peut-il être assimilé à un contrat? A-t-il un effet translatif? Fait-il preuve ou, au moins, présomption de propriété à l'égard des tiers?* (dans la *Revue pratique de droit français*, t. XXXIII, 1872, p. 133 et suiv.).

[3] C. civ., art. 958 (Voy., sur ce point, t. I, § **331**).

[4] Art. 717 (Voy., sur ce point, t. I, *ib.*, et le tome IV).

« du jour du jugement »[5], et l'intérêt des tiers l'exige, car ces mesures ne sauraient rétroagir sans injustice à leur égard, alors qu'ils ignorent la demande et n'ont aucun moyen de la connaître. Si le jugement qui prononce la séparation de biens « remonte, quant à ses effets, au jour de la demande »[6], c'est : 1° par mesure de défiance à l'égard du mari, et pour soustraire sans retard la communauté à sa mauvaise administration[7];

[5] Req. 24 therm. an IV; Poitiers, 18 flor. an IX; req. 12 brum. an X; Metz, 25 févr. 1819; Bruxelles, 2 janv. 1823 (D. A. v° *Interdiction*, n° 208). C'est par une erreur évidente que la cour de cassation a jugé le contraire le 5 mai 1824 (D. A. *v° cit.*, n° 216). Il reste, d'ailleurs, le cas échéant, à appliquer l'article 503 du Code civil : « Les actes antérieurs à l'interdiction pourront être annulés « si la cause de l'interdiction existait notoirement à l'époque où ces actes ont « été faits ». L'article 501 du même Code porte que ce jugement sera inscrit, dans les dix jours de son prononcé, sur les tableaux affichés dans la salle d'audience du tribunal et dans les études des notaires de l'arrondissement, mais cette formalité n'a d'autre sanction que la responsabilité des officiers ministériels qui ont négligé de l'accomplir (L. 25 vent. an XI, art. 18), et les tiers qui ont contracté avec l'interdit ou avec la personne pourvue d'un conseil judiciaire, plus de dix jours après le jugement et sans que celui-ci ait été publié conformément à la loi, ne peuvent demander, sous ce prétexte, le maintien des actes passés à leur profit : 1° l'article 502 est absolu, et veut que, publié ou non, le jugement produise effet à sa date; 2° l'incapacité édictée dans l'intérêt de l'aliéné, du faible d'esprit ou du prodigue ne peut dépendre de la diligence des personnes qui ont provoqué l'interdiction ou la nomination d'un conseil judiciaire; 3° les actes passés par l'interdit, ou par la personne pourvue de conseil dans les dix jours qui suivent le jugement non encore publié, sont certainement valables, quoique les tiers ignorent l'incapacité de celui avec qui ils ont contracté; pourquoi en serait-il autrement des actes passés dans cette même ignorance et en l'absence de cette même publication, mais plus de dix jours après le prononcé du jugement? Voy., en ce sens, Merlin, *Questions de droit*, v° *Tableau des interdits*, § I, Delvincourt, *op. cit.*, t. I, p. 485, Duranton, *op. cit.*, t. III, n° 771, Duvergier, sur Toullier, *op. cit.*, t. I, n° 1331, note *a*, Demolombe, *op. cit.*, t. VIII, n° 550, Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, p. 517, Valette, sur Proudhon, *De l'état des personnes*, t. II, p. 527, note *a*, et *Cours de Code civil*, t. I, p. 613, civ. rej. 27 avr. 1842 (D. A. *v° cit.*, n° 65), Rennes, 12 mai 1851 (D. P. 52. 2. 262), req. 6 juill. 1868 (D. P. 69. 1. 267); et, en sens contraire, Toullier, *op. cit.*, t. II, n° 1384, Turin, 20 janv. 1810, civ. rej. 16 juill. 1810 (D. A. *v° cit.*, n° 204). Les effets de ce jugement remontent également au jour de son prononcé, dans le cas où il a été frappé d'appel et confirmé par la cour (Duranton, *op. cit.*, t. III, n° 770, Demante, *op. cit.*, t. II, n° 274 *bis*-II, Demolombe, *op. cit.*, t. VIII, n° 551, Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*, Proudhon, *op. cit.*, t. II, n° 527, Valette, *Explication sommaire du Ier livre du Code civil*, p. 365, et *Cours de Code civil*, t. I, p. 612, Riom, 14 févr. 1842, D. A. *v° cit.*, n° 192, Angers, 3 août 1866, D. P. 67. 2. 23; *contrà*, Bertauld, *Questions pratiques et doctrinales de Code civil* (Paris, 1867-1869), t. I, nos 205 et suiv.). L'appel a-t-il, au moins, un effet suspensif, en sorte que les mesures relatives à la publicité du jugement ne puissent être prises entre le jour où l'appel a été signifié et celui où le jugement a été confirmé, et que la personne contre laquelle on forme la demande d'interdiction ou de nomination d'un conseil judiciaire soit capable pendant ce laps de temps? Voy., sur ce point, les tomes VI et VII.

[6] C. civ., art. 1445 (Voy., sur ce point, t. II, § **667**).

[7] Voy., sur le but et sur la portée de cette rétroactivité, Aubry et Rau, *op. cit.*,

2° parce que la publicité de la demande, telle qu'elle est organisée par les articles 866 et suivants, atténue sensiblement le danger que cette rétroactivité peut présenter pour les tiers[8]. Aussi n'est-il pas permis d'étendre cette disposition exceptionnelle à des cas où l'on ne trouve ni un texte analogue ni une précaution semblable, et, notamment, à la séparation de biens qui résulte accessoirement d'un jugement de séparation de corps, même rendu au profit de la femme. Celui-ci rentre dans la règle, et n'a d'effet qu'à partir de son prononcé[9] : si le mari, mauvais administrateur autant que mauvais mari, abusait de la situation pour nuire aux intérêts de sa femme et compromettre l'exercice de ses reprises, il resterait à celle-ci le droit : 1° de former une demande en séparation de biens principale, parallèle à sa demande en séparation de corps[10]; 2° d'invoquer, si elle s'en tient à cette dernière, l'article 271 du Code civil : « Toute obligation con-« tractée par le mari à la charge de la communauté, toute « aliénation par lui faite des immeubles qui en dépendent « postérieurement à la date de l'ordonnance dont il est fait « mention en l'article 238, sera déclarée nulle s'il est « prouvé, d'ailleurs, qu'elle est faite ou contractée en fraude « des droits de la femme ». Je renvoie au tome VII de ce Traité l'explication de cet article.

t. V, p. 400 et suiv.; Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. VI, n° 194 *bis*-I et suiv.; Laurent, *op. cit.*, t. XXII, n°s 336 et suiv.; Toulouse, 30 déc. 1891 (D. P. 92. 2. 95); et un arrêt de la cour de Paris, du 12 juillet 1892, d'après lequel, en cas de demande principale en séparation de corps et de demande reconventionnelle en séparation de biens, le jugement qui résulte de la première, et fait droit à la seconde, ne rétroagit qu'au jour où cette dernière a été formée (D. P. 93. 2. 509, S. 94. 2. 10; comp., sur cette situation, le tome VII).

[8] Voy., sur cette publicité, le tome VII.

[9] Demolombe, *op. cit.*, t. IV, n° 514. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. V, p. 403. Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. VI, n° 36 *bis*-III. La jurisprudence est fixée en sens contraire (Req. 20 mars 1855, D. P. 55. 1. 329, Paris, 18 juin 1855, D. P. 56. 2. 248, Paris, 27 déc. 1860, D. P. 61. 2. 27, Besançon, 15 févr. 1864, D. P. 64. 2. 37, civ. rej. 5 août 1868, D. P. 68. 1. 407, Paris, 8 avr. 1869, D. P. 69. 2. 236, civ. rej. 13 mars 1872, D .P. 72. 1. 491; voy., dans le même sens, Merlin, *op. cit.*, v° *Séparation de corps*, § IV, n° 4, Duranton, *op. cit.*, t. II, n° 622, Troplong, *Du contrat de mariage*, t. II, n°s 1886 et suiv.

[10] Demolombe, *op. cit.*, t. IV, n° 515. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. V, p. 204. Rodière et Pont, *op. cit.*, t. III, n° 2180.

LIVRE III

PROCÉDURE POSTÉRIEURE AU JUGEMENT

TITRE PREMIER

FORMALITÉS ET PROCÉDURES COMPLÉMENTAIRES DU JUGEMENT

SOMMAIRE. — § **1162**. Objet de ce titre. — § **1163**. I. Formalités qui ont pour but de mettre le jugement à l'abri de tout incident. — § **1164**. Suite. 1° Rédaction de la minute. — § **1165**. Suite. 2° Signature du jugement. — § **1166**. Suite. Sanction de ces prescriptions. — § **1167**. Suite. Caractère authentique de la minute, et foi qui lui est due. — § **1168**. Suite. Conséquences des omissions qui peuvent s'y trouver. — § **1169**. Suite. 1° Énonciations qui sont à considérer comme substantielles. — § **1170**. Suite. 2° Énonciations qui n'ont pas ce caractère. — § **1171**. Suite. Conséquences des irrégularités commises dans la signature du jugement. — § **1172**. Suite. Application des règles précédentes aux tribunaux d'exception. — § **1173**. II. Expédition des jugements. Jugements qu'il est défendu ou qu'on peut dispenser d'expédier; autorisation d'exécuter sur la minute. — § **1174**. Suite. Contenu de l'expédition d'un jugement. — § **1175**. Suite. Des qualités. En quoi elles consistent. — § **1176**. Suite. A qui en appartient la rédaction. — § **1177**. Suite. Signification des qualités. — § **1178**. Suite. Opposition aux qualités. — § **1179**. Suite. Règlement des qualités. — § **1180**. Suite. Inconvénients de ce système; critique de cette partie du Code de procédure. — § **1181**. Suite. Complications possibles. — § **1182**. Suite. 1° Du cas où l'expédition du jugement n'est pas conforme à la minute. — § **1183**. Suite. 2° Des omissions qui peuvent se trouver dans les parties de cette expédition qui ne sont pas la reproduction de la minute. — § **1184**. Suite. Caractère spécial de la grosse ou première expédition; formule exécutoire. — § **1185**. Suite. Application de ces règles en matière d'enregistrement et de contributions indirectes, et en

ce qui concerne les tribunaux d'exception. — § **1186**. Suite. 1° Aux tribunaux de commerce. — § **1187**. Suite. 2° Aux juges de paix et aux conseils de prud'hommes. — § **1188**. III. Actes conservatoires. Inscription de l'hypothèque judiciaire; loi du 3 septembre 1807. — § **1189**. IV. Signification des jugements. — § **1190**. Suite. 1° A avoué. — § **1191**. Suite. 2° A partie. — § **1192**. Suite. Sanction de cette formalité. — § **1193**. Suite. Signification des jugements des tribunaux d'exception. — § **1194**. V. Enregistrement des jugements.

§ **1162**. Le jugement est le but, mais il n'est pas la fin de la procédure : tout n'est pas fini quand il est prononcé. Il reste à la partie qui l'obtient le droit d'en poursuivre l'exécution; à celle qui succombe, le droit de l'attaquer par les voies de recours dont il est susceptible; aux tiers qu'il lèse, le droit d'y former opposition. Lors même qu'il serait inattaquable, que le gagnant renoncerait à le faire exécuter, ou que le perdant l'exécuterait volontairement, il y aurait encore lieu aux procédures et formalités complémentaires qui ont pour but : 1° de fixer le texte du jugement *ne varietur*, et d'en assurer la conservation; 2° d'ajouter à son dispositif et à ses motifs d'autres indications non moins essentielles, et sans lesquelles les parties intéressées ne pourraient l'utiliser; 3° de conserver les droits qui en résultent[1]; 4° de le porter officiellement à la connaissance des personnes qui ont droit ou intérêt à en être informées, et qui sont jusque-là légalement présumées en ignorer l'existence[2].

§ **1163**. I. Dès que le jugement est prononcé, il forme pour les parties un titre irrévocable : celle qui l'obtient peut en demander l'exécution; ce qu'il décide ne peut être remis en question; les juges qui viennent de le rendre ne peuvent plus le supprimer ni le modifier[1]. Il faut, par toutes ces raisons, le mettre au plus tôt à l'abri de tout accident volontaire ou involontaire et, pour cela : 1° par conséquent, dresser la minute; 2° la signer.

§ **1162**. [1] Ces formalités ne doivent pas être confondues avec l'exécution des jugements : 1° elles peuvent être accomplies, quelques-unes même le doivent, avant que le jugement soit signifié; 2° elles ne sont suspendues ni par l'appel ni par l'opposition (Voy., sur ce point, les §§ suivants et le tome VI).

[2] La signification n'est pas non plus une mesure d'exécution; c'est même, en principe, la condition préalable et indispensable d'une exécution régulière (Voy., sur ce point, *infrà*, § **1192**).

§ **1163**. [1] Voy., sur ces divers points, *suprà*, §§ **1118** et suiv., **1126** et suiv.; *infrà*, §§ **1195** et suiv.; et le tome IV.

§ **1164**. A. D'abord, c'est un usage invariable que le greffier d'audience, soit le greffier en chef soit un de ses commis assermentés[1], prenne note, séance tenante, sur un cahier qu'on appelle plumitif[2], de l'heure à laquelle l'audience a commencé et fini, des magistrats qui y ont assisté, de tous les incidents qui s'y sont produits (comparution ou défaut des parties ou des témoins, conclusions, plaidoiries, et audition du ministère public), et, enfin, des jugements qui y ont été rendus[3]. Les jugements de pure forme qui ne sont pas rédigés par écrit, et ceux dont le président ne donne que des motifs sommaires et provisoires[4], sont écrits sous sa dictée; les jugements rédigés par écrit sont remis au greffier qui se contente de les indiquer brièvement dans le plumitif[5]. A l'aide de ce procès-verbal, et dans le plus bref délai possible[6], le

§ **1164**. [1] Voy., sur les attributions des commis-greffiers assermentés, t. I, § **213**.

[2] Voy., sur le plumitif, Bioche, *op. cit.*, v° *Jugement*, n° 281; Bonnier, *Éléments de procédure civile*, n° 330.

[3] Aucun texte ne prescrit la tenue de ce procès-verbal, mais l'usage en est aussi constant que nécessaire, car on ne peut compter sur la mémoire des juges ou du greffier pour fixer le souvenir des mille incidents d'une audience généralement longue et souvent très mouvementée. Aussi le plumitif a-t-il une valeur légale, et fait-il preuve, au moins jusqu'à preuve contraire, des circonstances qu'il relate (Voy. *infrà*, même §). L'opinion publique s'est émue, il y a quelques années, d'une affaire dans laquelle un procureur de la République avait, sur la requête du commissaire de police exerçant les fonctions du ministère public près du tribunal de simple police, autorisé le greffier de ce tribunal à modifier après coup ses notes d'audience, attendu qu'elles n'étaient pas conformes — le greffier le reconnaissait lui-même — à ce qui s'était passé à l'audience. Le procureur de la République fut dénoncé à la cour de cassation comme ayant altéré ou fait altérer des notes d'audience, mais la chambre des requêtes déclara qu'il n'y avait pas lieu de suivre sur cette dénonciation, et que la conduite du magistrat inculpé était à l'abri de tout reproche (10 avr. 1878, D. P. 79. 1. 88; comp., sur les notes d'audience tenues par les greffiers des tribunaux de simple police, Faustin-Hélie, *op. cit.*, t. VI, n° 2617, crim. cass. 7 déc. 1860, D. P. 61. 5. 314, crim. rej. 21 déc. 1873, D. P. 74. 5. 296).

[4] Voy., sur cet usage, *suprà*, § **1069** et **1072**.

[5] A Paris, les commis-greffiers ont un certain nombre de formules qui correspondent aux cas qui se présentent le plus fréquemment: jugement de défaut, jugement d'enquête, jugement de renvoi devant experts, de remise, de délibéré, etc. Ces formules, approuvées par le président, facilitent la transcription sur la feuille d'audience des jugements qui ne sont pas rédigés par écrit.

[6] Régulièrement dans les vingt-quatre heures, puisque le président et le greffier doivent signer le jugement dans ce délai (Voy. le § suivant), mais cette disposition est purement comminatoire (Voy. *infrà*, § **1166**), et il n'est pas rare à Paris, où les affaires sont le plus nombreuses, que les feuilles d'audience ne soient rédigées que trois ou quatre jours après; toutefois, le greffier est responsable du retard qu'il a mis à remplir cette formalité, s'il en est résulté pour une partie l'impossibilité d'obtenir, aussitôt qu'elle en avait besoin, une expédition du jugement (Pau, 1er févr. 1897; D. P. 98. 2. 121; S. 97. 2. 98).

greffier rédige la feuille d'audience, qu'il date des jour, mois et an, et qui se compose, suivant le cas, d'une feuille unique ou de plusieurs réunies en cahier. Il y porte le texte complet, ou minute, des jugements rendus à l'audience[7]; chaque page est cotée et paraphée par le président et le greffier; toutes les feuilles sont du même format, réunies par année en forme de registre, et conservées dans les archives du tribunal par les soins et sous la responsabilité du greffier. Les jugements y sont portés dans l'ordre où ils ont été rendus : chacun d'eux est accompagné, dans un ordre quelconque[8], de ses motifs[9], des noms des parties, et de ceux de leurs avoués[10]. En marge ou ailleurs[11] se trouvent ceux des juges qui ont pris part au jugement, du procureur de la République ou du substitut qui a donné des conclusions[12], et du greffier qui a tenu la plume. La minute indique, enfin, s'il y a lieu, qu'un juge se trouvant empêché, l'avoué

[7] Peu importe de quelle main les feuilles d'audience sont écrites : elles peuvent l'être par un commis-greffier non assermenté ou par un simple expéditionnaire (Bioche, *op. cit.*, n° 327; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 590). Le greffier qui a tenu la plume ne doit apposer lui-même que sa signature (Voy. le § suivant).

[8] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 363. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 594. Req. 13 août 1877 (D. P. 78. 1. 159).

[9] Les feuilles d'audience mentionnent aussi généralement, en tête de la première page, les noms des juges qui ont assisté à l'audience; cette mention n'est pas reproduite en marge de chaque jugement, à moins que la composition du tribunal n'ait changé au cours de l'audience, et que, par conséquent, les mêmes juges n'aient pas pris part à tous les jugements qui y ont été rendus. Il y a donc présomption légale, à moins d'indication contraire, que les magistrats dont le nom se trouve en tête de la feuille d'audience ont participé à tous les jugements qui y sont portés (Voy., sur ce point, le § suivant); mais le décret du 30 mars 1808, qui exige impérativement que le nom des juges soit inscrit en marge du jugement qu'ils ont rendu (Art. 36), ne serait pas observé si le nombre des juges qui ont siégé à l'audience où plusieurs jugements ont été rendus n'était indiqué qu'en marge d'un seul de ces jugements : il n'y aurait donc pas présomption légale que les mêmes magistrats ont pris part aux autres jugements du même jour, et que d'autres juges n'y ont pas siégé avec eux (C. cass. de Belgique, 17 juin 1841, D. A. *v° cit.*, n° 39).

[10] La minute contient nécessairement les noms des parties : cette indication est essentielle pour qu'on sache à quelles personnes le jugement s'applique; mais elle est sommaire, et l'indication détaillée des parties, de leurs noms et prénoms, et du rôle qu'elles ont joué dans le procès, se trouve seulement dans la copie signifiée du jugement. C'est ce qu'on appelle proprement les qualités (Voy. *infrà*, § **1175**).

[11] Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 589 *ter*.

[12] En pratique, la minute indique toujours le nom du procureur de la République ou de celui de ses substituts qui tenait l'audience, alors même qu'il n'a pas conclu dans l'affaire; mais on verra au § **1170** que cette indication n'est de rigueur que dans le cas où la cause est communicable au ministère public.

ou l'avocat le plus ancien présent à la barre a été invité à monter sur le siège[13] — que, le tribunal comptant parmi ses membres plusieurs parents ou alliés jusqu'au degré d'oncle et de neveu, ils se sont trouvés d'avis différent, et qu'en conséquence il a pu être attribué une voix à chacun d'eux[14] — qu'il y a eu partage, et quelles personnes ont été appelées pour le vider[15]. On verra au même § comment on peut suppléer la minute si, par malheur, elle est perdue.

[13] Il en est différemment, si le tribunal a appelé pour se compléter un juge appartenant à une autre chambre ou un suppléant : on présume alors qu'un membre du tribunal se trouvait empêché, et que le juge désigné pour le remplacer était le plus ancien des magistrats disponibles (Voy., t. I, § **65**).

[14] Voy. *suprà*, § **1060**.

[15] Voy. *suprà*, §§ **1065** et suiv. La minute ne doit mentionner ni les opinions émises, ni même le nombre de voix qui se sont portées sur telle ou telle opinion : dans le premier cas, le secret de la délibération serait violé (Voy., sur ce secret, t. I, § **140**, et *suprà*, §§ **1062** et **1066**) ; dans le second cas, l'autorité du jugement serait compromise si l'on savait qu'il n'a été rendu qu'à la simple majorité (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 294 et 295). Bien plus, on peut se dispenser de dire qu'il a été émis à la majorité : il y a présomption légale qu'il a été rendu conformément à la loi (Req. 16 févr. 1830, D. A. v° *Tierce opposition*, n° 236; req. 1er mars 1830, D. A. v° *Jugement*, n° 88). D'autre part, il n'est pas nécessaire d'indiquer dans la minute que le tribunal a délibéré avant de juger, que le jugement a été prononcé publiquement et par quel magistrat, et que les juges qui l'ont rendu ont assisté à toutes les audiences de la cause. 1° Les jugements n'ont pas besoin, pour être valables, de dire qu'ils ont été délibérés (Req. 1er mai 1832 et 23 juin 1833; D. A. *v° cit.*, n° 84); s'ils énoncent que les pièces ont été mises sur le bureau pour qu'il en fût délibéré, cette mention doit s'entendre d'un délibéré simple, et le jugement est valable alors même qu'on n'y aurait pas observé les formalités prescrites pour le délibéré sur rapport (Req. 7 févr. 1881, D. P. 82. 1. 87 ; voy., sur ces formalités, t. II, § **689**). 2° Le jugement est rendu publiquement à peine de nullité, mais la mention de la publicité résulte suffisamment, en ce qui concerne la minute, de la circonstance que le jugement est porté sur la feuille d'audience : cette feuille étant le procès-verbal officiel de tout ce qui s'est passé à l'audience, le fait qu'un jugement y est porté implique nécessairement qu'il a été rendu à l'audience. Cette mention de publicité n'est requise que dans l'expédition (Voy. *infrà*, § **1174**). 3° Il n'est pas nécessaire de mettre dans le jugement le nom du président qui l'a prononcé; il suffit qu'il figure au nombre des juges qui y ont pris part (Req. 27 avr. 1827 et 3 juin 1829; D. A. *v° cit.*, n° 272). 4° La mention que tels juges ont pris part au jugement fait présumer qu'ils ont assisté à tous les débats : si la cause a occupé plusieurs audiences, il est inutile d'énoncer qu'ils ont assisté à toutes (Bonnier, *op. cit.*, n° 333; req. 24 avr. 1834, 7 mai et 6 nov. 1838, D. A. *v° cit.*, n° 50; req. 9 avr. 1850, D. P. 50. 1. 131; req. 30 nov. 1852, D. P. 53. 1. 270; req. 24 déc. 1855, D. P. 56. 1. 56; req. 28 févr. 1859, D. P. 59. 1. 386; crim. rej. 9 août 1861, D. P. 61. 5. 279; crim. rej. 21 mai 1863, D. P. 66. 1. 45; civ. cass. 9 avr. 1866, D. P. 66. 1. 45; req. 21 avr. 1880, D. P. 80. 1. 430; req. 14 déc. 1881, D. P. 82. 1. 184; req. 10 mai 1882, D. P. 82. 1. 305; civ. cass. 16 janv. 1894, D. P. 94. 1. 247, S. 95. 1. 97; req. 2 déc. 1895, D. P. 96. 1. 256, S. 96. 1. 239). Par contre, s'il est reconnu que l'un des juges qui ont concouru au jugement n'assistait pas aux audiences qui ont précédé, le jugement doit énoncer, à peine de nullité, que les conclusions ont été reprises devant lui (Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 486 *bis*; civ. cass. 26 mai

§ **1165**. B. Il pourrait arriver que le jugement porté sur la feuille d'audience ne fût pas celui qui a été rendu, et qu'il eût été altéré ou remplacé par un autre, soit dans une intention frauduleuse, soit plutôt par une erreur involontaire du président qui aurait remis au greffier un projet de jugement abandonné.

Pour l'éviter, les articles **138**, **139** et **140**[1], le décret du **30** mars **1808**[2] et l'ordonnance du 5 novembre **1823**[3] disposent : 1° que le magistrat qui aura présidé l'audience[4] et le greffier qui y aura tenu la plume[5] signeront, dans les vingt-quatre

1821, D. A. *v° cit.*, n° 56; voy. cep., sur les termes dans lesquels cette mention doit être faite, et dont la rigueur ne doit pas être exagérée, req. 2 janv. 1828, civ. rej. 4 juin 1833, D. A. *v° et loc. cit.*; req. 3 févr. 1863, D. P. 64. 1. 185; civ. cass. 16 févr. 1867, D. P. 67. 1. 125; req. 15 janv. 1868, D. P. 68. 1. 131). Voy., sur l'assistance des juges à toutes les audiences de la cause, et sur la reprise des conclusions devant ceux qui n'ont pas assisté à l'audience où elles ont été posées, *suprà*, §§ **1052** et suiv. La commission de 1866 voulait que la minute fût plus développée : elle y voyait l'avantage de supprimer la plupart des difficultés qui peuvent résulter d'une différence de rédaction entre la minute et la copie signifiée (Voy., sur ces difficultés, *infrà*, § **1182**). « La commission a « voulu, dit le rapport, que la minute d'un jugement pût en quelque sorte se « suffire à elle-même, en même temps qu'elle serait une sorte de procès-verbal « attestant l'accomplissement de toutes les formalités essentielles. La minute du « jugement doit contenir : 1° les noms des parties et ceux de leurs avoués; 2° si « le ministère public a été entendu, la mention de ce fait et le nom du magis- « trat qui a conclu; 3° les motifs et le dispositif; 4° la date du jugement et la « mention qu'il a été rendu publiquement » (Greffier, *op. cit.*, p. 27, note 16).

§ **1165**. [1] Ces dispositions ne sont pas entièrement nouvelles : l'ordonnance d'avril 1453, qui prescrivait de rédiger les jugements séance tenante et de les remettre immédiatement au greffier, en contient le principe (Art. 17; *Ordonnances des rois de France*, t. XIV, p. 289).

[2] Art. 36 à 39, 73 et 74. Les articles 36 à 39 ne visent que les arrêts des cours d'appel, mais l'article 73 les déclare applicables aux jugements des tribunaux de première instance.

[3] Art. 2, 5 et 7.

[4] Et non pas le président du tribunal, s'il y a plusieurs chambres et qu'il n'ait pas siégé à celle qui a rendu le jugement : le président signe la feuille d'audience pour attester l'authenticité du jugement (Voy. *infrà*, même §), et la signature d'un magistrat qui n'y aurait pas siégé n'aurait, à ce point de vue, aucune valeur (Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 261). Le président qui signe un jugement ne peut déclarer qu'il a été rendu contre son avis : il violerait ainsi le secret de la délibération (Voy., sur ce point, t. I, § **140**). Chauveau rapporte, à cette occasion, qu'après l'insurrection de la Vendée en 1832, deux conseillers de la cour de Poitiers ont mieux aimé donner leur démission que de signer un arrêt auquel ils avaient concouru, et qui mettait la duchesse de Berry en accusation (Sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 589 *bis*).

[5] Et non pas le greffier en chef, s'il n'a pas tenu la plume à l'audience où le jugement a été rendu, car à quel titre et en quoi sa signature serait-elle une garantie d'authenticité? Voy., sur ce point, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 326; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 590; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Rodière, *op. et*

heures, le texte de chaque jugement et la mention des juges, du représentant du ministère public, et du greffier[6]; 2° que, si le greffier n'est pas en mesure de signer, le président pourra se borner à le déclarer en signant lui-même[7], mais que, s'il se trouve dans l'impossibilité de le faire, cette formalité sera remplie, dans les vingt-quatre heures, par le plus ancien des juges qui y auront assisté[8]; 3° que, si le jugement n'a pas été signé dans les vingt-quatre heures par le président ou par le plus ancien des juges présents, il en sera référé à la première chambre de la cour d'appel qui pourra ordonner, suivant les circonstances et sur les conclusions écrites du procureur général[9], que le jugement soit signé par l'un quelconque des juges qui y ont assisté[10]; 4° que le procureur de la République se fera représenter tous les mois les feuilles

loc. cit. Les greffiers signent valablement les jugements dans lesquels ils ont un intérêt personnel (Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 591; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Rennes, 3 janv. 1818, D. A. v° *Jugement*, n° 229). Peu importe qui transcrit le jugement sur la feuille d'audience : ce peut être un commis non assermenté, ou même un simple expéditionnaire (Bioche, *op.*, *v° et loc. cit.;* Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 590).

[6] La feuille d'audience ainsi signée est le seul document qui fasse foi des jugements rendus au cours d'une audience (Req. 28 nov. 1894; D. P. 95. 1. 243; S. 95. 1. 405); mais la place de la signature est indifférente : elle peut n'être apposée qu'après la formule exécutoire dont il sera parlé au § 1184 (Req. 5 avr. 1809; D. A. v° *Appel*, n° 1159).

[7] Il est inutile de mentionner la cause qui empêche le greffier de signer : une minute où le président s'était contenté de mettre « *sans signature du commis-* « *greffier absent* » a été déclarée régulière (Req. 7 déc. 1814; D. A. v° *Jugement*, n° 222).

[8] Il suffit que le président soit absent au moment de la signature pour que le plus ancien juge signe valablement la minute, et l'on ne peut induire de cette seule circonstance que le jugement n'a pas été rendu par un nombre de juges suffisant (Toulouse, 10 avr. 1820, D. A. *v° et loc. cit.;* voy., sur le nombre de juges par lequel un jugement doit être rendu, t. I, § 64; et, sur la manière de le constater, *infrà*, même §). Bioche prétend que l'empêchement du président doit être constaté par un procès-verbal (*Op. et v° cit.*, n° 319); mais cette exigence est excessive, et le juge qui déclare signer pour le président empêché doit être cru sur son affirmation (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 324).

[9] Si la cour ne croit pas devoir l'ordonner, le jugement est nul, puisqu'un jugement non signé est à considérer comme non avenu (Voy., sur cette nullité, trib. de Rethel, 8 févr. 1893; D. P. 94. 2. 91).

[10] Ou même, s'ils sont tous empêchés, par un autre membre du tribunal : il n'attestera pas en connaissance de cause l'existence et l'authenticité du jugement, mais il vaut encore mieux le faire signer par lui que de laisser devenir nul, pour défaut de signature, un jugement régulièrement rendu (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 322; Bonnier, *op. cit.*, n° 330; Breuillac, *De la signature des décisions judiciaires, et notamment des règlements d'ordre, en cas d'empêchement des magistrats qui les ont rendues* (dans la *France judiciaire*, t. XVII, 1893. I^e part., p. 177 et suiv.).

d'audience pour vérifier si elles sont signées, dressera procès-verbal des irrégularités qu'il aura constatées, et transmettra ce procès-verbal dans la huitaine au procureur général, lequel prendra des réquisitions pour empêcher ces abus de se reproduire, poursuivra, s'il y a lieu, le greffier par les voies disciplinaires[11], et rendra compte au garde des sceaux du résultat de ces vérifications et des mesures qu'il aura cru devoir prendre; 5° que le greffier ne pourra délivrer copie des jugements avant qu'ils aient été signés[12].

Ces prescriptions paraissent minutieuses; elles sont pourtant nécessaires. 1° L'authenticité du jugement ne résulte que de la signature du président et du greffier qui attestent ainsi: le greffier, que le jugement transcrit est bien celui qui lui a été remis; le président, que le jugement remis au greffier est bien celui que le tribunal a rendu; tous deux, que ce jugement a été transcrit dès qu'il a été rendu, sans changement, addition ni suppression. De là la défense adressée au greffier de délivrer copie d'un jugement non signé, c'est-à-dire de présenter comme authentique un acte qui ne l'était pas encore. 2° Il faut que le président, qui n'a donné à l'audience que des motifs sommaires et provisoires[13], ait le temps de revoir et de compléter cette partie du jugement : de là la faculté qui lui est laissée, ainsi qu'au greffier, de ne pas signer le jugement séance tenante; à cet égard, l'article 36 du décret du 30 mars 1808 abroge l'article 138 qui leur prescrivait de signer le jugement « aussitôt qu'il sera rendu ». 3° Il faut, par contre, que l'authenticité du jugement soit établie sans retard, et que le président et le greffier aient, au moment de le signer, un souvenir assez net de ce qui s'est passé à l'audience : de là l'obligation de le signer dans les vingt-quatre heures. 4° Il faut prévoir le cas où quelque accident aurait empêché le président de le faire en temps utile : de là le droit, pour le plus ancien juge, de remplacer le président dans cette fonction, et, pour la cour d'appel, de dési-

[11] Comp. C. instr. crim., art. 196; voy., sur cet article, la discussion au conseil d'État dans sa séance du 2 juillet 1808 (dans Locré, *op. cit.*, t. XXV, p. 305).

[12] Comp. C. instr. crim., art. 196; voy., sur les peines du faux en écriture publique commis par un officier public dans l'exercice de ses fonctions, C. pén., art. 145 et 146.

[13] Voy., sur cette hypothèse, *suprà*, § **1069**.

gner un autre juge à la place du plus ancien qui se trouverait empêché. 5° Si le texte même du jugement ne se retrouvait pas sur les feuilles d'audience, on appliquerait : 1) l'article 522 du Code d'instruction criminelle, aux termes duquel les expéditions ou copies authentiques des arrêts criminels peuvent remplacer les originaux dont les feuilles d'audience ne font pas mention[14] : 2) l'article 1336 du Code civil, d'après lequel la transcription d'un acte authentique sur des registres publics peut, aux conditions indiquées par cet article[15], servir de commencement de preuve par écrit[16].

§ **1166**. Quelle est la sanction de ces prescriptions? Quelle foi est due aux énonciations prescrites par la loi, à supposer qu'elles aient été faites? Qu'arrivera-t-il si elles font défaut, si les formalités prescrites par la loi n'ont pas été accomplies, ou si elles l'ont été tardivement?

§ **1167**. A. Il n'y a pas d'hésitation possible sur le caractère des jugements : un officier public à ce compétent — le greffier — en a dressé la minute; on a observé, par hypothèse, toutes les formalités prescrites, et particulièrement celles

[14] L'article 522 prescrit, en conséquence, de la remettre au greffe, sur l'ordre du premier président de la cour d'appel, et sous peine de contrainte par corps : la loi du 22 juillet 1867 a abrogé la dernière partie de cette disposition (Voy. le tome IV).

[15] A savoir : « 1° qu'il soit constant que toutes les minutes du notaire (ou du « greffe), de l'année dans laquelle l'acte paraît avoir été fait, soient perdues, ou « que l'on prouve que la perte de la minute de cet acte a été faite par un ac- « cident particulier, 2° qu'il existe un répertoire en règle du notaire (ou du « greffier) qui constate que l'acte a été fait à la même date » (Voy., sur cet article, Demolombe, *op. cit.*, t. XXIX, n° 699; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 284; Larombière, *op. cit.*, t. VI, sur l'art. 1336, n°s 1 et suiv., Bonnier, *Des preuves*, n° 864).

[16] La mention d'un acte public, et en particulier d'un jugement, sur les registres de l'enregistrement peut-elle servir de commencement de preuve par écrit de l'existence de ce jugement? L'affirmative a-t-elle été soutenue et jugée (Duranton, *op. cit.*, t. XIII, n° 255; Besançon, 7 janv. et 29 juill. 1808, req. 14 août 1811, Toulouse, 18 nov. 1812, Rennes, 27 juill. 1813, D. A. v° *Obligations*, n° 4403; req. 17 mars 1825, D. A. *v° cit.*, n° 4405), surtout dans le cas où l'acte public a été littéralement transcrit sur les registres du receveur (Larombière, *op. cit.*, t. VI, sur l'art. 1336, n° 81; req. 16 févr. 1837, D. A. *v° cit.*, n° 4406); mais la négative est plus généralement admise (Demolombe, *op. cit.*, t. XXIX, n° 701; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 285; Bonnier, *op. cit.*, n° 805; Bordeaux, 30 nov. 1825, D. A. v° *Arbitrage*, n° 1183).

§ **1166**. ...

qui ont trait à la signature du jugement. Les conditions de l'authenticité[1] s'y trouvent donc réunies, et il fait foi jusqu'à inscription de faux de tout ce que le greffier affirme avoir vu et entendu[2] : 1° conformité du texte porté sur la feuille d'audience avec celui qu'a arrêté le tribunal; 2° incidents qui y sont relatés (partage, attribution d'une voix à chacun des juges parents ou alliés qui se sont trouvés d'avis différent, appel d'un avocat ou d'un avoué pour compléter le tribunal); 3° présence effective des magistrats et du greffier désignés comme ayant assisté à l'audience[3]. Ces affirmations de la feuille d'audience ne peuvent être combattues que par l'inscription de faux : les indications contraires du plumitif ne prévaudraient pas à l'encontre[4], et les feuilles d'audience ne pourraient être rectifiées à l'aide du registre de pointe[5], d'un certificat du greffier[6], ou des souvenirs personnels des magistrats[7]. Il n'en est plus de même, si une feuille d'audience porte en tête que tels juges étaient présents à telle audience, et si l'on conteste qu'ils aient pris part à l'un des jugements qui y ont été rendus : cette unique mention ne fait que présumer la participation de tous ces juges à tous les jugements rendus au cours de cette audience, et l'on peut prouver leur absence sans recourir aux formes particulières de l'inscription de faux[8].

§ **1168**. B. Tout jugement doit justifier par lui-même de sa validité : l'absence d'une mention requise à peine de nullité est donc irréparable, et rien ne sert de prouver par ailleurs que les prescriptions légales ont été suivies quand le juge-

§ **1167**. [1] Voy., sur ces conditions, t. II, § **705**.

[2] Voy., sur la foi due aux actes authentiques, t. II, *ib.*

[3] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 331 et 332. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 595 *ter*.

[4] Civ. cass. 30 août 1854 (D. P. 54. 1. 282). Req. 10 mai 1859 (D. P. 59. 1. 422). Civ. cass. 18 déc. 1878 (D. P. 79. 1. 200). Civ. cass. 12 mars 1879 (D. P. 79. 1. 260).

[5] Civ. cass. 6 nov. 1827 (D. A. v° *Jugement*, n. 318).

[6] Civ. cass. 26 mai 1819 et 3 déc. 1827 (D. A. *v° cit.*, n° 274).

[7] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 304. Civ. cass. 6 nov. 1827 (D. A. *v° cit.*, n° 323). Civ. cass. 14 mai 1828 (D. A. *v° cit.*, n° 49). Civ. cass. 11 févr. 1835 (D. A. *v° cit.*, n° 121).

[8] Civ. cass. 16 mai 1821 (D. A. *v° cit.*, n° 56). Civ. rej. 12 mai 1852 (D. P. 52. 1. 146). Req. 30 avr. 1873 (D. P. 73. 1. 469). Comp. t. II, § **705**.

ment n'en fournit pas la preuve[1]. C'est une règle commune à tous les actes solennels, et les jugements n'y échappent pas plus que les actes de procédure[2]. Il s'agit seulement de savoir quelles mentions y sont requises à peine de nullité. Cela ne faisait pas question sous l'empire du droit intermédiaire, en présence du décret des 16-24 mars 1790 qui réglementait non-seulement l'organisation des tribunaux mais encore les formes de leurs jugements[3], et du décret du 4 germinal an II qui portait qu' « à l'avenir toute violation ou omission des « formes prescrites en matière civile par les décrets émanés « des représentants du peuple depuis 1789, quand même ils « ne prononceraient pas expressément la nullité, donnerait « ouverture à la cassation »[4]. Que dire aujourd'hui dans le silence de l'article 141, qui énumère les différentes parties de la minute sans s'expliquer sur les conséquences des lacunes qui peuvent s'y trouver? Trois opinions se sont produites. On a soutenu, d'abord, en vertu de l'adage « *Generalia non* « *derogant specialibus* », que l'article 2 du décret du 4 germinal an IV, disposition spéciale, n'a pas été abrogé par l'article 1041[5], et qu'en conséquence toutes les énonciations des jugements sont requises à peine de nullité[6]. On a invoqué, dans un sens diamétralement opposé, l'article 1030 qui défend d'appliquer, en matière de procédure, des nullités qui ne sont pas formellement prononcées par un texte de loi[7], et on a conclu de là que l'omission des motifs est la seule qui entraîne nullité en vertu de la loi du 20 avril 1810[8]. La première opinion applique mal une idée juste, la seconde a pour point

§ **1168**. [1] Civ. cass. 11 févr. 1835 (D. A. *v° cit.*, n° 121). Civ. cass. 17 mai 1852 (D. P. 52. 1. 177). Bourges, 13 août 1884 (D. P. 86. 2. 48). Voy. aussi, dans le même sens, les arrêts cités au § précédent, notes 4 à 8, desquels il résulte que rien ne peut réparer l'omission dans le jugement du nom des juges qui l'ont rendu.

[2] Voy., sur ce principe, t. II, § **608**.

[3] Tit. V, art. 15.

[4] Duvergier, *op. cit.*, t. VII, p. 137.

[5] Voy., sur cet article, t. II, § **539**; comp. une controverse analogue sur le point de savoir s'il a abrogé l'arrêté directorial du 10 thermidor an IV (T. I, § **217**).

[6] Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 594. Boncenne, *op. cit.*, t. II, p. 441 et suiv. Civ. cass. 11 févr. 1835 (D. A. v° *Jugement*, n° 121).

[7] Voy., sur cet article, t. II, §§ **498** et suiv.

[8] Art. 7. Voy., sur ce point, *suprà*, § **1114**; et, en faveur de cette opinion, Merlin, *Répertoire*, v° *Jugement*, § II, Toullier, *op. cit.*, t. X, n° 135. Thomine-Desmazures, *op. cit.*, t. I, p. 267.

de départ une idée fausse : 1° les lois générales n'abrogent que les textes qui ont eux-mêmes une portée générale, mais l'article 2 du décret du 4 germinal an II, sur la forme des jugements, est une loi générale qui rayonne, en quelque sorte, sur toute la procédure, et tombe, par conséquent, sous le coup de l'article 141; 2° l'article 1030 est étranger aux jugements, et s'applique uniquement aux nullités commises par les officiers ministériels dans les actes de procédure dont ils sont chargés[9]. La jurisprudence a depuis longtemps repoussé ces opinions extrêmes pour se rallier à une troisième solution, qui distingue entre les énonciations substantielles dont l'omission ou l'inexactitude évidente entraînent nécessairement la nullité du jugement, et les énonciations substantielles dont l'omission ou l'erreur n'a rien d'irritant[10]. Rien n'est plus raisonnable, car il serait aussi absurde de valider un jugement sans dispositif, qu'il serait excessif d'annuler, au détriment de la partie qui l'a obtenu, celui qui ne présente qu'une lacune ou une erreur sans conséquence[11].

§ **1169**. *a*. Les énonciations substantielles sont : 1° l'indication des parties, sans laquelle on ne peut savoir à qui le jugement s'applique, qui l'a obtenu, et qui doit l'exécuter[1]; 2° le nom de l'avoué choisi par le demandeur, et dont la constitution est une condition essentielle de la régularité de la procédure[2]; 3° le dispositif, sans lequel il n'y a pas de juge-

[9] Voy., sur ce point, t. II, §§ **502** et **504**.

[10] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 286 et suiv. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. II, n° 301. Bonnier, *op. cit.*, n° 332. Req. 9 déc. 1828 (D. A. *v° cit.*, n° 253). C. cass. de Belgique, 18 oct. 1831 (D. A. *v° cit.*, n° 262). Req. 19 févr. 1861 (D. P. 61. 1. 443). Aj. les arrêts cités au § suivant; et, sur les énonciations substantielles et non substantielles, t. II, § **501**.

[11] J'ai dit t. II, § **502**, qu'il faut appliquer la même distinction aux actes de procédure dont les formes ne sont pas expressément prescrites à peine de nullité.

§ **1169**. [1] On a vu au § **1164**, note 10, que les noms des parties ne sont mentionnés que sommairement dans la minute du jugement; mais cette mention sommaire y est exigée à peine de nullité (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 362; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Boncenne, *op. cit.*, t. II, p. 445; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*; Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 266; Bonnier, *op. cit.*, n° 337; civ. cass. 29 nov. 1869, D. P. 70. 1. 341).

[2] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 361. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. et loc. cit.* *Quid*, si c'est le nom de l'avoué du défendeur qui est omis? Voy. *infrà*, même §. La cour de cassation (chambre des requêtes) a jugé, le 4 mars 1823 (D. A. v° *Avoué*, n° 61)

ment[3]; 4° les noms des juges qui ont statué (membres ordinaires du tribunal, départiteurs, avocats ou avoués appelés pour le compléter[4]); ces indications sont nécessaires pour attester que le jugement a été rendu par de véritables magistrats, siégeant en nombre et régulièrement appelés[5]; 5° l'affirmation que ceux d'entre eux qui sont parents ou alliés jusqu'au degré d'oncle et de neveu ont été d'avis différents, si l'on n'a pu former une majorité qu'en leur attribuant à chacun une voix; cette mention est indispensable pour attester que le jugement a été valablement formé[6]; 6° la mention de

et le 4 janvier 1825 (D. A. v° *Jugement*, n° 283), que l'indication des avoués qui ont occupé dans l'affaire n'est pas requise dans le jugement à peine de nullité; mais les arrêtistes ne font pas connaître les circonstances du fait, et il est impossible de savoir quel nom avait été omis dans ces deux espèces, si c'était celui de l'avoué du demandeur ou celui de l'avoué du défendeur.

[3] Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boncenne, *op. cit.*, t. II, p. 446. Bonnier, *op. cit.*, n° 334. Je rappelle qu'on peut fixer les dommages-intérêts par état (Voy. *suprà*, § **1075**) : on ne dira donc pas qu'un jugement manque de dispositif, parce qu'il condamne une partie à des dommages-intérêts dont il ne fixe pas le montant.

[4] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 293 et 303. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 593 *ter*. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 265. Bonnier, *op. cit.*, n° 333. Agen, 30 mai 1808; civ. cass. 11 juin 1811 et 24 nov. 1824 (D. A. *v° cit.*, n° 267). Orléans, 16 juin 1858 (D. P. 58. 2. 187). Aj., sur la mention des avoués et avocats appelés à compléter le tribunal, t. I, § **265**, et le § précédent; sur la mention du partage et des personnes désignées comme départiteurs, *suprà*, § **1067**, et le § précédent. L'erreur sur le nom d'un juge, qui fait indiquer comme présent au jugement un magistrat qui n'y a pas assisté, entraîne aussi nullité (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 307). La mention que tel juge a pris part au jugement fait présumer, jusqu'à preuve contraire, qu'il a assisté à toutes les audiences de la cause (Civ. cass. 16 janv. 1894, D. P. 94. 1. 247, S. 95. 1. 97; req. 2 déc. 1895, D. P. 96. 1. 256, S. 96. 1. 239).

[5] Certaines tolérances sont généralement admises : 1° le président est suffisamment indiqué par sa qualité, lors même qu'elle ne serait pas accompagnée de son nom (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 305; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*); 2° sa signature peut même remplacer l'indication de son nom (Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 265; req. 27 févr. 1827 et 3 juin 1829, D. A. *v° cit.*, n° 272); 3° l'erreur sur le numéro de la chambre qui a rendu le jugement n'est pas une cause de nullité, si le jugement énonce exactement les noms des juges qui y ont pris part (Req. 10 déc. 1866; D. P. 67. 1. 440). La cour de cassation a même jugé, le 4 mai 1829, que, s'il a été rendu plusieurs jugements dans la même cause, il n'est pas indispensable de mentionner dans chacun d'eux le nom des juges qui y ont participé (D. A. *v° cit.*, n° 268) : cette décision est certainement erronée. Sans doute, il n'est pas prescrit à peine de nullité d'énoncer que les juges qui ont rendu le jugement définitif ont assisté à toutes les audiences de la cause (Voy. *suprà*, § **1164**, note 15), mais il faut pour cela qu'il n'ait pas été rendu de jugement à ces audiences, car les jugements d'avant faire droit qui y ont été rendus sont nuls, si chaque feuille d'audience ne contient pas la mention des juges qui y ont pris part, ou, tout au moins, une mention générale qui puisse s'appliquer à tous les jugements rendus à cette audience (Voy. *suprà*, *ib.*, note 9).

[6] Voy. *suprà*, §§ **1062** et **1164**.

la présence[7] et de l'audition du procureur de la République ou de son substitut[8], si, la cause étant communicable au ministère public, ses conclusions étaient nécessaires pour la validité du jugement[9]; 7° la mention de la présence du greffier dont le concours est nécessaire à la validité de toutes les opérations judiciaires[10].

[7] De même que ni registre de pointe, ni certificat de greffier, ni attestation personnelle des magistrats ne peuvent prévaloir contre les indications données par la feuille d'audience sur les noms des juges qui ont rendu le jugement (Voy. *suprà*, § **1167**), de même on ne peut prouver par des certificats que le ministère public a été représenté dans une cause qui devait lui être communiquée (Civ. cass. 29 frim. an XIII, Rennes, 16 juill. 1835; D. A. v° *Ministère public*, n° 124).

[8] Il ne suffit pas de mentionner sa présence : il faut dire qu'il a conclu (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 312; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*; Rodière, *op. et loc. cit.*; civ. cass. 29 fruct. an III, D. A. v° *Jugement*, n° 282; civ. cass. 13 flor. an X, D. A. v° *Ministère public*, n° 124; civ. cass. 16 juill. 1806, D. A. v° *Mariage*, n° 838; Riom, 24 août 1846, D. P. 47. 1. 309; civ. cass. 27 mai 1850, D. P. 50. 1. 157; Grenoble, 24 janv. 1865, D. P. 65. 2. 220). Ni son affirmation ni celle du président ne peuvent réparer le vice qui résulte du silence que la minute garderait sur ce point (Civ. cass. 29 fruct. an III et 16 vend. an XIII; D. A. v° *Jugement*, *loc. cit.*), et je crois que la cour de Grenoble a eu tort de juger, le 1er mars 1821 (D. A. v° *cit.*, n° 281), que cette omission de la minute pourrait être réparée à l'aide du plumitif, car on a vu au § **1167** que la minute doit se suffire à elle-même, et que les indications du plumitif ne peuvent servir à combler les lacunes qui s'y trouvent. Il est certain, d'autre part, que la mention que le ministère public a été entendu est largement suffisante; en conséquence : 1° la mention qu'il a conclu « par les motifs énoncés en ses conclusions « écrites » constate suffisamment qu'il a donné des conclusions verbales (Civ. cass. 14 nov. 1849, D. P. 50. 1. 26; voy., sur l'obligation où il est de conclure verbalement, t. II, § **688**); 2° la mention qu'il a déclaré « s'en rapporter » établit suffisamment qu'il a conclu (Civ. rej. 26 juill. 1854, D. P. 54. 1. 303; voy., sur ce point, t. II, *ib.*); 3° il n'est pas nécessaire de dire qu'il a assisté au prononcé du jugement (Req. 25 nov. 1840, D. A. v° *cit.*, n° 280; req. 9 mai 1843, D. A. v° *cit.*, n° 70); 4° il importe peu que le jugement définitif mentionne que le ministère public a été entendu un autre jour que celui auquel un jugement d'avant faire droit avait décidé qu'il donnerait ses conclusions (Req. 2 janv. 1824; D. A. v° *Descente sur lieux*, n° 55). Suffit-il d'indiquer sa qualité en ces termes : « Le ministère public entendu... le procureur de la République entendu... le « substitut du procureur de la République entendu... l'avocat de la République « entendu ? » Faut-il, au contraire, le désigner par son nom propre? Voy., dans le premier sens, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 312, Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*, Rodière, *op. et loc. cit.*, c. cass. de Belgique, 17 juin 1835 (D. A. v° *Jugement*, n° 281); dans le second sens, Nîmes, 1er août 1827 (D. A. v° *et loc. cit.*). En tout cas, l'omission de son nom propre à l'endroit où il est dit qu'il a été entendu n'entraîne pas nullité, si la note marginale qui se trouve en tête de la feuille d'audience le désigne nominativement comme ayant tenu l'audience (Montpellier, 20 mai 1829; D. A. v° *et loc. cit.*).

[9] Cette omission dans le texte du jugement entraînera, naturellement, la même sanction que l'absence même de conclusions du ministère public, à savoir une ouverture à requête civile (Req. 1er juill. 1812; D. A. v° *et loc. cit.*). *Quid*, si cette omission se rencontre dans un jugement rendu sur une cause qui n'était pas communicable au ministère public? Voy. *infrà*, même §.

[10] Voy., sur ce point, t. I, § **210**. Il a, d'ailleurs, été jugé que sa signature

§ **1170**. *b*. Ne sont ni substantielles ni requises à peine de nullité l'indication de l'avoué du défendeur, celle du nom du greffier d'audience, et la mention que le ministère public a conclu ou seulement assisté au jugement d'une cause qui n'était pas communicable : s'il n'est pas dit que le défendeur ait constitué avoué, on en tirera seulement cette conséquence que le jugement a été rendu par défaut faute de conclure[1]; si la minute ne contient pas le nom du greffier d'audience, la signature le fera suffisamment connaître[2]; s'il n'est pas dit que le ministère public ait été représenté à l'audience, cette omission sera sans importance, ses conclusions et sa présence même étant superflues dans les affaires qu'on n'est pas tenu de lui communiquer[3].

§ **1171**. C. Il en est à peu près de même des formalités relatives à la signature du jugement : il y en a d'essentielles et dont l'absence entraîne nullité ; il y en a d'autres qui ne sont que des mesures d'ordre, et dont l'omission appelle seulement la surveillance et les observations du procureur de la République[1]. Telle est, d'abord, la signature du greffier dont l'omission ne peut être irritante, puisqu'au cas où il serait dans l'impossibilité de signer il suffit, pour la validité de la procédure, que le président en fasse mention en signant lui-même[2]. Quant à lui, sa signature est indispensable, et le

fait présumer sa présence au jugement, et permet de ne pas annuler ce dernier quand même il ne ferait pas mention de cette circonstance (Crim. rej. 21 nov. D. A. 1879; v° *Jugement*, supp., n° 342).

§ **1170**. [1] Rodière, *op. et loc. cit. Contrà*, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 368 ; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.;* Bonnier, *op. cit.*, n° 337.

[2] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 314. Bonnier, *op. cit.*, n° 333.

[3] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 312 et 313. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 593 *ter*. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. et loc. cit.* Req. 25 juin 1833 (D. A. *v° cit.*, n° 84). Req. 8 nov. 1871 (D. P. 71. 1. 253). Req. 18 nov. 1879 (D. P. 80. 1. 389). *Contrà*, Poitiers, 16 déc. 1847 (D. P. 48. 2. 108) et 7 janv. 1856 (D. P. 56. 2. 84).

§ **1171**. [1] Je rappelle l'article 140 : « Les procureurs de la République se feront représenter tous les mois les minutes des jugements, et vérifieront s'il a « été satisfait aux dispositions ci-dessus ; en cas de contravention, ils en dresseront procès-verbal pour être procédé ainsi qu'il appartiendra » (Comp., sur ce point, *suprà*, § **1165**).

[2] D. 30 mars 1808, art. 37. Paris, 26 avr. 1830 (D. A. v° *Adoption*, n° 159). Lyon, 16 juill. 1834 (D. A. v° *Jugement*, n° 224). Voy., sur l'article 37 du décret du 3 mars 1808, *suprà*, § **1165**, note 2.

jugement qui ne la porterait pas serait dépourvu de valeur légale, à ce point qu'il serait réputé inexistant, et qu'on n'aurait pas besoin de se pourvoir contre lui en cassation[3]. Toutefois, il faut pour cela deux conditions : 1° que l'existence du jugement soit contestée, car il ne s'agit pas ici d'une loi d'ordre public, et les parties couvriraient le vice du jugement en reconnaissant qu'il existe, et en renonçant, par suite, à en contester l'authenticité[4]; 2° que la cour d'appel n'ait pas permis que le jugement fût signé par un magistrat autre que le président ou le plus ancien juge, car il est toujours temps de demander cette autorisation, et, tant qu'elle n'a pas été refusée, un moyen reste à la partie gagnante de s'assurer le bénéfice du jugement en en couvrant l'irrégularité[5]. Reste l'hypothèse où le jugement est signé par un juge qui n'y a pas assisté, ou encore, sans autorisation de la cour d'appel, par un magistrat qui n'était ni le président ni le plus ancien juge. C'est un cas de nullité[6], mais cette nullité n'est point absolue, car l'irrégularité sera couverte si les parties demandent et si la cour d'appel ordonne que cette signature soit rayée sur la minute, et remplacée par celle d'un juge qui ait pris part au jugement[7].

[3] Merlin, *op. cit.*, v° *Signature*, § II. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 589. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 261. Besançon, 11 août 1869 (D. P. 70. 2. 205). Req. 5 avr. 1875 (D. P. 75. 1. 295). Ce dernier arrêt en tire cette conséquence qu'un jugement non signé ne doit jamais être l'objet d'un pourvoi en cassation : ou la cour d'appel autorise à signer le jugement un magistrat qui n'est ni le président ni le plus ancien juge, ou elle ne l'autorise pas ; dans le premier cas le jugement est valable, dans le second il est inexistant. Il a été jugé anciennement que l'existence des jugements non signés peut être établie par d'autres moyens de preuve et, notamment, par les circonstances du fait (Paris, 31 juill. 1828, Bordeaux, 6 mai 1841 ; D. A. *v° et loc. cit.*); mais il s'agissait, dans l'espèce, de jugements rendus avant la promulgation du Code de procédure, c'est-à-dire à une époque où les jugements étaient souvent écrits sur une feuille volante : il n'en serait pas de même aujourd'hui, et un jugement signé devrait être considéré comme non avenu (Voy. cep. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 316). Les mentions marginales des noms des juges, du représentant du ministère public, et du greffier ne font également foi que lorsqu'elles sont signées (Civ. cass. 24 août 1825; D. A. *v° cit.*, n° 216).

[4] Req. 9 avr. 1834 (D. A. v° *Requête civile*, n° 64).

[5] L'article 38 du décret du 30 mars 1808 n'indique pas de délai fixe dans lequel on doive, à peine de déchéance, demander à la cour d'appel l'autorisation dont il s'agit (Lyon, 27 juill. 1834 ; D. A. v° *Jugement*, *loc. cit.*) ; mais plus on s'éloigne du jour où le jugement a été rendu, plus l'authenticité en devient douteuse, et plus la cour fera difficulté de donner l'autorisation qu'on lui demande.

[6] Besançon, 4 août 1869 (D. P. 70. 2. 205).

[7] Limoges, 5 mars 1840 (D. A. *v° cit.*, n° 222). Besançon, 6 févr. 1867 (D. P. 67. 2. 16).

§ **1172**. De quelque tribunal qu'émane le jugement, il faut se hâter de le rédiger pour empêcher qu'on le modifie, d'en dresser minute pour éviter qu'il se perde, et de le signer pour lui donner l'authenticité; les règles qui précèdent s'appliquent donc, dans leur ensemble, aux jugements rendus par les tribunaux d'exception[1]. Aussi l'article 433 et la circulaire ministérielle du 31 octobre 1809 prescrivent-ils d'observer, autant que possible, en matière commerciale, les dispositions de l'article 141 du Code de procédure et des articles 36 à 38 du décret du 30 mars 1808 sur la rédaction et la signature du jugement[2]. Je dis *autant que possible,* car il va de soi que les jugements d'un tribunal, auprès duquel il n'y a pas de ministère public[3], ne mentionnent pas les conclusions du procureur de la République[4], et que le nom des avoués qui n'y existent pas non plus est remplacé, aux termes de l'ordonnance du 10 mars 1825, par la mention expresse que les représentants des parties ont reçu d'elles un pouvoir spécial ou se sont trouvés autorisés par leur présence[5]. L'article 18 dispose de même, quant aux juges de paix, que « les minutes de tout jugement « seront portées par le greffier sur la feuille d'audience, et

§ **1172**. [1] La cour de cassation a cependant jugé que l'article 141 ne s'applique pas en matière disciplinaire. et que l'absence de la mention relative aux conclusions du ministère public ne vicie pas le jugement, s'il est constaté par ailleurs qu'elles ont été déposées (Req. 7 juin 1847; D. P. 47. 1. 235).

[2] Voy., sur le plumitif dans les tribunaux de commerce, civ. rej. 4 nov. 1885 (D. P. 86. 1. 295), et sur la signature des jugements de ces tribunaux, Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 589 et 592. Aj. l'article 6 de l'ordonnance du 5 novembre 1823, qui charge leurs présidents de vérifier les minutes et de transmettre dans les cinq jours au procureur général le résultat de leur vérification.

[3] Voy., sur ce point, t. I, § **44**.

[4] *Quid* dans les tribunaux de première instance jugeant commercialement? Voy. t. I, § **206**.

[5] O. 10 mars 1825, art. 1. Aj. art. 2 : « Les magistrats chargés de procéder « à la vérification ordonnée par l'article 6 de l'ordonnance du 5 novembre 1823 « (Voy. *suprà*, note 2), s'assureront si la formalité prescrite par l'article précé- « dent est observée dans tous les jugements rendus entre des parties qui ont « été défendues, ou dont l'une a été défendue par un tiers : ils consigneront « dans leur procès-verbal le résultat de leur examen à cet égard » ; art. 3 : « En « cas de contravention à l'article 1er de la présente ordonnance, il en sera rendu « compte à notre garde des sceaux, pour être pris à l'égard du greffier telles « mesures qu'il appartiendra » (Voy., sur cette ordonnance, t. I, § **284**, et *suprà*, § **1023**). Le procès-verbal d'un arbitre-rapporteur, bien que visé dans ce jugement, n'en fait point partie intégrante, et peut n'y être pas relaté *in extenso* (Civ. rej. 18 janv. 1870: D. P. 70. 1. 111).

« signées par le juge qui aura tenu l'audience et par le greffier »[6], et l'on s'accorde à dire, faute d'indication contraire dans le texte de la loi, qu'elles doivent contenir, à peine de nullité, toutes les énonciations prescrites par l'article 141[7], sauf l'indication des avoués dont le ministère n'est pas admis devant cette juridiction[8], et des conclusions du ministère public qui n'y existe pas en matière civile[9]. Le décret du 11 juin 1809, sur les conseils de prud'hommes, est muet sur la rédaction de leurs jugements, d'où l'on peut conclure qu'il se réfère, en principe, au droit commun; mais il dispose qu'à la différence des jugements des tribunaux de première instance et de commerce qui sont signés seulement par le président et par le greffier, « les minutes de tout jugement « seront portées par le secrétaire sur la feuille d'audience, « signées par les prud'hommes qui auront été présents, et « contre-signées par lui »[10]. Il résulte aussi de l'article 46 du même décret que ce secrétaire est dépositaire des minutes des jugements rendus par le conseil[11].

§ **1173**. II. Les jugements ne sont pas faits pour rester secrets. Les greffiers qui en ont la garde doivent en communiquer le texte, contre paiement des droits de greffe[1] : 1° au

[6] Voy., sur cet article, *Vente, Justice de paix, feuille d'audience non signée, moyen d'y remédier* (dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. XII, 1853, p. 595 et suiv.; civ. cass. 21 avr. 1898 (D. P. 98. 1. 263). Le juge de paix doit vérifier tous les mois les minutes rédigées par le greffier, et en rendre compte au procureur de la République (O. 5 nov. 1823, art. 3).

[7] Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 481. Voy., sur la mention de la publicité de l'audience en justice de paix, civ. rej. 12 nov. 1834 (D. A. *v° cit.*, n° 200). La prorogation volontaire de la compétence du juge de paix par les parties (Voy. t. I, § **403**) ne le dispense pas d'observer ces formalités (Paris, 19 août 1841; D. A. *v° cit.*, n° 290).

[8] Voy. t. I, § **216**.

[9] Voy. t. I, § **44**.

[10] Voy., sur la difficulté d'exécuter à la lettre cette disposition, Mollot, *op. cit.*, n° 345.

[11] Voy., sur ce secrétaire et sur ses fonctions, t. I, § **214**.

§ **1173**. [1] « Les greffiers et dépositaires des registres publics en délivreront, « sans ordonnance de justice, expédition, copie ou extrait à tous requérants, à « la charge de leurs droits, à peine de dépens, dommages et intérêts » (Art. 853; voy., sur cette obligation des greffiers, Carré, *op. cit.*, t. VI, quest. 2692, Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. II, n° 1103, Besançon, 16 mars 1882, D. P. 82. 2. 235; et, sur la procédure à suivre pour obtenir l'expédition du jugement dans le cas où elle serait refusée, le tome VII). Je rappelle, toutefois, que l'article 245 défend de délivrer, sans autorisation spéciale, copie de pièces prétendues fausses et, par conséquent, d'un jugement contre lequel une

gagnant, qui veut signifier un jugement pour pouvoir procéder à l'exécution, ou pour faire courir le délai de l'appel, de la requête civile ou du pourvoi en cassation[2]; 2° au perdant, qui veut étudier ce jugement ou le faire étudier par ses conseils pour savoir s'il doit l'attaquer ou l'exécuter[3]; 3° à toute personne intéressée, ou qui croit l'être, à se procurer le texte d'un jugement auquel elle n'a pas été partie[4]. Toutefois, les minutes étant déposées au greffe d'où elles ne doivent généralement pas sortir[5], le greffier n'en peut donner qu'une copie ou expédition[6] : on dit alors de la partie requérante qu'elle

inscription de faux serait formée (Voy., sur ce point, t. II, § **811**, note 7). Aj., sur l'enregistrement des jugements et sur le paiement des droits fiscaux à percevoir de ce chef, *infrà*, § **1195**.

[2] Voy., sur la signification des jugements, *infrà*, §§ **1189** et suiv.

[3] Quelquefois même les deux parties se signifient respectivement les jugements qui sont intervenus entre elles (Voy. *infrà*, § **1191**).

[4] Il en est autrement : 1° des actes notariés dont les tiers ne peuvent obtenir communication sans l'autorisation du président du tribunal de première instance, à peine de dommages-intérêts et d'amende contre le notaire contrevenant, et même de suspension en cas de récidive (L. 25 vent. an XI, art. 23; voy., sur ce point, le tome VII; 2° des procédures criminelles non suivies de condamnation, dont il n'est pas permis de prendre copie (Civ. cass. 17 juin 1834; D. A. v° *Compulsoire*, n° 10). Les jugements disciplinaires font aussi exception à la règle, et les tiers ne peuvent en obtenir communication que si le tribunal les y autorise (Aix, 11 janv. 1825; D. A. v° *Greffe*, n° 69). La publicité donnée à un jugement par la partie qui l'a obtenu peut quelquefois constituer le délit de diffamation (Bordeaux, 11 nov. 1890; D. P. 91. 2. 6; S. 91. 2. 224).

[5] « Le greffe est un dépôt sacré dont les minutes ne doivent jamais sortir que « dans le cas où il serait indispensablement nécessaire de les exhiber, soit pour « en faire la vérification si elles étaient arguées de faux, soit pour les confronter « avec des expéditions qui en auraient été délivrées ou qui seraient pareillement « arguées de faux. En un mot, ce n'est que dans des circonstances semblables « que les tribunaux sont autorisés à ordonner l'apport des minutes; au contraire, « lorsqu'il ne s'agit pas de prononcer d'après des contestations relatives à ce « que contiennent ces pièces, la partie intéressée doit être assujettie à en pro- « duire des expéditions en forme, et il n'est pas permis d'y substituer des mi- « nutes pour être lues à l'audience ou communiquées aux défenseurs officieux » (Circ. minist. 17 therm. an VII; D. A. *v° cit.*, n° 54). « Je n'ignore pas que, par « condescendance pour quelques magistrats, les greffiers souffrent que les mi- « nutes des jugements et autres actes judiciaires sortent du greffe, et soient « colportées dans la ville et envoyées même quelquefois à la campagne pour « les faire revêtir de signatures indispensables. Ces déplacements de minutes « sont un abus qu'on ne peut tolérer, et qui prête, d'ailleurs, à de grands dan- « gers. C'est au greffe même ou dans les chambres du conseil que les magistrats « doivent faire leur vérification, et apposer leurs signatures sur les actes aux- « quels ils ont concouru » (Circ. minist. 23 déc. 1822; D. A. *v° et loc. cit.*). Comp. les précautions à prendre pour apporter au greffe d'un autre tribunal les minutes invoquées comme pièces de comparaison dans un procès d'inscription de faux ou de vérification d'écriture (T. II, §§ **800** et **810**).

[6] On appelle copie signifiée celle qui l'a été suivant les formes indiquées *infrà*, §§ **1190** et **1191**.

lève le jugement, et du greffier qu'il l'expédie[7], mais il faut, au préalable, ajouter à la minute une série d'énonciations connues sous le nom de qualités, et observer, le cas échéant, la procédure « en règlement de qualités » dont il sera parlé au § **1179**. Ces principes ne souffrent que deux exceptions.

1° Il y a des jugements que la loi défend d'expédier par raison d'économie; le greffier peut en donner copie et exiger la rétribution qui lui est allouée pour ce travail, mais on n'en rédige pas et, par suite, on n'en règle pas les qualités : tels sont ceux qui donnent acte à un avoué de ce qu'il s'est constitué à l'audience, les jugements de renvoi, et ceux qui mettent la cause en délibéré. Ils s'exécutent séance tenante et sans signification préalable[8] — ils sont purement préparatoires, et ne peuvent, par suite, être frappés d'appel qu'avec le jugement définitif[9] — on n'y peut distinguer ni gagnant ni perdant, et, par conséquent, les frais de la rédaction ou du règlement de qualités ne pourraient que se partager entre les deux plaideurs, et retomber en partie à la charge de celui qui a gagné son procès au fond[10] : autant de raisons qui justifient la mesure exceptionnelle dont ces jugements sont l'objet. Les articles 76 et 94 la prescrivent formellement pour ceux qui donnent acte d'une constitution d'avoué faite à l'audience, ou qui mettent l'affaire en délibéré[11]; elle n'est pas contestée en ce qui concerne les jugements de remise[12].

[7] *Lever un jugement* signifie proprement en demander une expédition (Bioche, *op. cit.*, v° *Lever un jugement*). Voy., sur ce droit du gagnant dans le cas même où le défendeur acquiesce au jugement, Nancy, 30 janv. 1892 (D. P. 92. 2. 538).

[8] Voy. *infrà*, § **1190**.

[9] Voy. *suprà*, § **1044**, et le tome VI.

[10] Voy. *suprà*, §§ **1104** et suiv.

[11] Voy. t. II, §§ **672** et **689**.

[12] Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 262. Peut-on, dans le même intérêt d'économie, arrêter l'expédition d'un jugement en offrant, par acte signifié, l'exécution immédiate et intégrale de toutes les condamnations par lui prononcées, ce qui entraîne acquiescement et, par conséquent, renonciation au droit d'appeler ou de se pourvoir en cassation? S'il en est ainsi, la partie gagnante qui persiste à lever le jugement le fera à ses propres frais. La question est controversée, mais l'affirmative doit être admise, pourvu qu'il soit établi — ce point est laissé à l'appréciation des juges — que la partie gagnante n'a aucun intérêt à lever le jugement dont l'exécution lui est offerte. Or cet intérêt peut exister dans trois cas : 1° si le jugement constate, à son profit, l'existence d'un droit de propriété, lequel produit des effets indépendants de l'exécution du jugement; 2° si la partie gagnante a intérêt à se procurer le texte du jugement, de manière à pouvoir le produire dans une contestation ultérieure; 3° si

2° La jurisprudence autorise, dans les cas d'extrême urgence, le tribunal à ordonner que son jugement s'exécutera sur la minute, c'est-à-dire que le greffier remettra à la partie, signée de lui et du président, la minute du jugement qu'elle vient d'obtenir[13]. Cette jurisprudence a été justement critiquée, car le droit qu'elle reconnaît aux tribunaux de première instance, la loi ne l'accorde qu'au juge de paix et au juge du référé[14]. Dire, comme on l'a fait, qu'un tribunal de première instance ne saurait avoir moins de pouvoirs que son président statuant seul en référé ou qu'un juge de paix, c'est commettre une erreur certaine, car les juges de paix et les magistrats qui tiennent l'audience de référé ne doivent leurs pouvoirs extraordinaires qu'à l'extrême urgence de la plupart de leurs jugements : dira-t-on, parce qu'ils ont le droit de juger chez eux portes ouvertes[15], que les tribunaux de première instance pourraient, eux aussi, tenir audience dans le cabinet de leur président[16]?

§ **1174**. L'expédition du jugement contient nécessairement[1], mais dans un ordre quelconque[2] : 1° la reproduction

la partie perdante n'a pas le droit d'acquiescer valablement, ou si la demande n'est pas susceptible d'acquiescement, auxquels cas l'appel ou le pourvoi en cassation peuvent encore être formés, et la partie gagnante a intérêt à lever le jugement pour pouvoir le signifier ensuite et faire ainsi courir les délais de l'appel et du pourvoi en cassation. Au contraire, s'il était démontré qu'elle n'a aucun intérêt à faire expédier le jugement, elle devrait porter la peine de son obstination à faire des frais frustratoires, et ces frais devraient être mis à sa charge (Bioche, *op. cit.*, v° *Offres réelles*, n° 64, Rodière, *op. et loc. cit.*, Orléans, 1er juin 1850, D. P. 50. 5. 5, Riom, 10 août 1853 et 15 févr. 1854, D. P. 55. 2. 46, trib. de Mont-de-Marsan, 9 déc. 1864, D. P. 65. 3. 79, civ. rej. 5 avr. 1870, D. P. 71. 1. 321; *contrà*, Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 2785 *ter*, Paris, 18 janv. 1847, D. P. 47. 4. 279, Paris, 3 févr. 1854, D. P. 54. 2. 63, Paris, 25 juin 1859, D. P. 60. 5. 211).

[13] Paris, 28 juin 1872 (D. P. 73. 2. 55). Voy., dans le même sens, Bioche, *op. cit.*, v° *Jugement*, n° 224.

[14] Voy., pour le juge de paix, *infrà*, § **1193**; et, pour le juge du référé, le tome VIII.

[15] Voy., pour le juge de paix, t. I, § **36**; et, pour le juge du référé, le tome VIII.

[16] Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 588 *ter*. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 311. Bruxelles, 28 nov. 1838 (D. A. v° *Jugement*, n° 483) et 27 mars 1839 (D. A. v° *cit.*, n° 477).

§ **1174**. [1] A peine de nullité (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 449). Une légère différence entre la minute et l'expédition n'entraînerait cependant pas cette conséquence (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 439).

[2] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 175. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 267. Req. 29 nov.

de départ une idée fausse : 1° les lois générales n'abrogent que les textes qui ont eux-mêmes une portée générale, mais l'article 2 du décret du 4 germinal an II, sur la forme des jugements, est une loi générale qui rayonne, en quelque sorte, sur toute la procédure, et tombe, par conséquent, sous le coup de l'article 141; 2° l'article 1030 est étranger aux jugements, et s'applique uniquement aux nullités commises par les officiers ministériels dans les actes de procédure dont ils sont chargés[9]. La jurisprudence a depuis longtemps repoussé ces opinions extrêmes pour se rallier à une troisième solution, qui distingue entre les énonciations substantielles dont l'omission ou l'inexactitude évidente entraînent nécessairement la nullité du jugement, et les énonciations substantielles dont l'omission ou l'erreur n'a rien d'irritant[10]. Rien n'est plus raisonnable, car il serait aussi absurde de valider un jugement sans dispositif, qu'il serait excessif d'annuler, au détriment de la partie qui l'a obtenu, celui qui ne présente qu'une lacune ou une erreur sans conséquence[11].

§ **1169**. *a*. Les énonciations substantielles sont : 1° l'indication des parties, sans laquelle on ne peut savoir à qui le jugement s'applique, qui l'a obtenu, et qui doit l'exécuter[1]; 2° le nom de l'avoué choisi par le demandeur, et dont la constitution est une condition essentielle de la régularité de la procédure[2]; 3° le dispositif, sans lequel il n'y a pas de juge-

[9] Voy., sur ce point, t. II, §§ **502** et **504**.

[10] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 286 et suiv. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. II, n° 301. Bonnier, *op. cit.*, n° 332. Req. 9 déc. 1828 (D. A. *v° cit.*, n° 253). C. cass. de Belgique, 18 oct. 1831 (D. A. *v° cit.*, n° 262). Req. 19 févr. 1861 (D. P. 61. 1. 443). Aj. les arrêts cités au § suivant; et, sur les énonciations substantielles et non substantielles, t. II. § **501**.

[11] J'ai dit t. II, § **502**, qu'il faut appliquer la même distinction aux actes de procédure dont les formes ne sont pas expressément prescrites à peine de nullité.

§ **1169**. [1] On a vu au § **1164**, note 10, que les noms des parties ne sont mentionnés que sommairement dans la minute du jugement; mais cette mention sommaire y est exigée à peine de nullité (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 362; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Boncenne, *op. cit.*, t. II, p. 445; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*; Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 266; Bonnier, *op. cit.*, n° 337; civ. cass. 29 nov. 1869, D. P. 70. 1. 341).

[2] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 361. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. et loc. cit.* *Quid*, si c'est le nom de l'avoué du défendeur qui est omis? Voy. *infrà*, même §. La cour de cassation (chambre des requêtes) a jugé, le 4 mars 1823 (D. A. v° *Avoué*, n° 61)

ment[3]; 4° les noms des juges qui ont statué (membres ordinaires du tribunal, départiteurs, avocats ou avoués appelés pour le compléter[4]); ces indications sont nécessaires pour attester que le jugement a été rendu par de véritables magistrats, siégeant en nombre et régulièrement appelés[5]; 5° l'affirmation que ceux d'entre eux qui sont parents ou alliés jusqu'au degré d'oncle et de neveu ont été d'avis différents, si l'on n'a pu former une majorité qu'en leur attribuant à chacun une voix; cette mention est indispensable pour attester que le jugement a été valablement formé[6]; 6° la mention de

et le 4 janvier 1825 (D. A. v° *Jugement*, n° 283), que l'indication des avoués qui ont occupé dans l'affaire n'est pas requise dans le jugement à peine de nullité; mais les arrêtistes ne font pas connaître les circonstances du fait, et il est impossible de savoir quel nom avait été omis dans ces deux espèces, si c'était celui de l'avoué du demandeur ou celui de l'avoué du défendeur.

[3] Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boncenne, *op. cit.*, t. II, p. 446. Bonnier, *op. cit.*, n° 334. Je rappelle qu'on peut fixer les dommages-intérêts par état (Voy. *suprà*, § **1075**) : on ne dira donc pas qu'un jugement manque de dispositif, parce qu'il condamne une partie à des dommages-intérêts dont il ne fixe pas le montant.

[4] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 293 et 303. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 593 *ter*. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 265. Bonnier, *op. cit.*, n° 333. Agen, 30 mai 1808; civ. cass. 11 juin 1811 et 24 nov. 1824 (D. A. *v° cit.*, n° 267). Orléans, 16 juin 1858 (D. P. 58. 2. 187). Aj., sur la mention des avoués et avocats appelés à compléter le tribunal, t. I, § **265**, et le § précédent; sur la mention du partage et des personnes désignées comme départiteurs, *suprà*, § **1067**, et le § précédent. L'erreur sur le nom d'un juge, qui fait indiquer comme présent au jugement un magistrat qui n'y a pas assisté, entraîne aussi nullité (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 307). La mention que tel juge a pris part au jugement fait présumer, jusqu'à preuve contraire, qu'il a assisté à toutes les audiences de la cause (Civ. cass. 16 janv. 1894, D. P. 94. 1. 247, S. 95. 1. 97; req. 2 déc. 1895, D. P. 96. 1. 256, S. 96. 1. 239).

[5] Certaines tolérances sont généralement admises : 1° le président est suffisamment indiqué par sa qualité, lors même qu'elle ne serait pas accompagnée de son nom (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 305; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*); 2° sa signature peut même remplacer l'indication de son nom (Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 265; req. 27 févr. 1827 et 3 juin 1829, D. A. *v° cit.*, n° 272); 3° l'erreur sur le numéro de la chambre qui a rendu le jugement n'est pas une cause de nullité, si le jugement énonce exactement les noms des juges qui y ont pris part (Req. 10 déc. 1866; D. P. 67. 1. 440). La cour de cassation a même jugé, le 4 mai 1829, que, s'il a été rendu plusieurs jugements dans la même cause, il n'est pas indispensable de mentionner dans chacun d'eux le nom des juges qui y ont participé (D. A. *v° cit.*, n° 268) : cette décision est certainement erronée. Sans doute, il n'est pas prescrit à peine de nullité d'énoncer que les juges qui ont rendu le jugement définitif ont assisté à toutes les audiences de la cause (Voy. *suprà*, § **1164**, note 15), mais il faut pour cela qu'il n'ait pas été rendu de jugement à ces audiences, car les jugements d'avant faire droit qui y ont été rendus sont nuls, si chaque feuille d'audience ne contient pas la mention des juges qui y ont pris part, ou, tout au moins, une mention générale qui puisse s'appliquer à tous les jugements rendus à cette audience (Voy. *suprà*, *ib.*, note 9).

[6] Voy. *suprà*, §§ **1062** et **1164**.

la présence[7] et de l'audition du procureur de la République ou de son substitut[8], si, la cause étant communicable au ministère public, ses conclusions étaient nécessaires pour la validité du jugement[9]; 7° la mention de la présence du greffier dont le concours est nécessaire à la validité de toutes les opérations judiciaires[10].

[7] De même que ni registre de pointe, ni certificat de greffier, ni attestation personnelle des magistrats ne peuvent prévaloir contre les indications données par la feuille d'audience sur les noms des juges qui ont rendu le jugement (Voy. *suprà*, § **1167**), de même on ne peut prouver par des certificats que le ministère public a été représenté dans une cause qui devait lui être communiquée (Civ. cass. 29 frim. an XIII, Rennes, 16 juill. 1835; D. A. v° *Ministère public*, n° 124).

[8] Il ne suffit pas de mentionner sa présence : il faut dire qu'il a conclu (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 312; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*; Rodière, *op. et loc. cit.*; civ. cass. 29 fruct. an III, D. A. v° *Jugement*, n° 282; civ. cass. 13 flor. an X, D. A. v° *Ministère public*, n° 124; civ. cass. 16 juill. 1806, D. A. v° *Mariage*, n° 838; Riom, 24 août 1846, D. P. 47. 1. 309; civ. cass. 27 mai 1850, D. P. 50. 1. 157; Grenoble, 24 janv. 1865, D. P. 65. 2. 220). Ni son affirmation ni celle du président ne peuvent réparer le vice qui résulte du silence que la minute garderait sur ce point (Civ. cass. 29 fruct. an III et 16 vend. an XIII; D. A. v° *Jugement*, *loc. cit.*), et je crois que la cour de Grenoble a eu tort de juger, le 1er mars 1821 (D. A. v° *cit.*, n° 281), que cette omission de la minute pourrait être réparée à l'aide du plumitif, car on a vu au § **1167** que la minute doit se suffire à elle-même, et que les indications du plumitif ne peuvent servir à combler les lacunes qui s'y trouvent. Il est certain, d'autre part, que la mention que le ministère public a été entendu est largement suffisante; en conséquence : 1° la mention qu'il a conclu « par les motifs énoncés en ses conclusions « écrites » constate suffisamment qu'il a donné des conclusions verbales (Civ. cass. 14 nov. 1849, D. P. 50. 1. 26; voy., sur l'obligation où il est de conclure verbalement, t. II, § **688**); 2° la mention qu'il a déclaré « s'en rapporter » établit suffisamment qu'il a conclu (Civ. rej. 26 juill. 1854, D. P. 54. 1. 303; voy., sur ce point, t. II, *ib.*); 3° il n'est pas nécessaire de dire qu'il a assisté au prononcé du jugement (Req. 25 nov. 1840, D. A. v° *cit.*, n° 280; req. 9 mai 1843, D. A. v° *cit.*, n° 70); 4° il importe peu que le jugement définitif mentionne que le ministère public a été entendu un autre jour que celui auquel un jugement d'avant faire droit avait décidé qu'il donnerait ses conclusions (Req. 2 janv. 1824; D. A. v° *Descente sur lieux*, n° 55). Suffit-il d'indiquer sa qualité en ces termes : « Le ministère public entendu... le procureur de la République entendu... le « substitut du procureur de la République entendu... l'avocat de la République « entendu ? » Faut-il, au contraire, le désigner par son nom propre? Voy., dans le premier sens, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 312, Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*, Rodière, *op. et loc. cit.*, c. cass. de Belgique, 17 juin 1835 (D. A. v° *Jugement*, n° 281); dans le second sens, Nîmes, 1er août 1827 (D. A. v° *et loc. cit.*). En tout cas, l'omission de son nom propre à l'endroit où il est dit qu'il a été entendu n'entraîne pas nullité, si la note marginale qui se trouve en tête de la feuille d'audience le désigne nominativement comme ayant tenu l'audience (Montpellier, 20 mai 1829; D. A. v° *et loc. cit.*).

[9] Cette omission dans le texte du jugement entraînera, naturellement, la même sanction que l'absence même de conclusions du ministère public, à savoir une ouverture à requête civile (Req. 1er juill. 1812; D. A. v° *et loc. cit.*). *Quid*, si cette omission se rencontre dans un jugement rendu sur une cause qui n'était pas communicable au ministère public? Voy. *infrà*, même §.

[10] Voy., sur ce point, t. I, § **210**. Il a, d'ailleurs, été jugé que sa signature

§ **1170**. *b*. Ne sont ni substantielles ni requises à peine de nullité l'indication de l'avoué du défendeur, celle du nom du greffier d'audience, et la mention que le ministère public a conclu ou seulement assisté au jugement d'une cause qui n'était pas communicable : s'il n'est pas dit que le défendeur ait constitué avoué, on en tirera seulement cette conséquence que le jugement a été rendu par défaut faute de conclure[1]; si la minute ne contient pas le nom du greffier d'audience, la signature le fera suffisamment connaître[2]; s'il n'est pas dit que le ministère public ait été représenté à l'audience, cette omission sera sans importance, ses conclusions et sa présence même étant superflues dans les affaires qu'on n'est pas tenu de lui communiquer[3].

§ **1171**. C. Il en est à peu près de même des formalités relatives à la signature du jugement : il y en a d'essentielles et dont l'absence entraîne nullité ; il y en a d'autres qui ne sont que des mesures d'ordre, et dont l'omission appelle seulement la surveillance et les observations du procureur de la République[1]. Telle est, d'abord, la signature du greffier dont l'omission ne peut être irritante, puisqu'au cas où il serait dans l'impossibilité de signer il suffit, pour la validité de la procédure, que le président en fasse mention en signant lui-même[2]. Quant à lui, sa signature est indispensable, et le

fait présumer sa présence au jugement, et permet de ne pas annuler ce dernier quand même il ne ferait pas mention de cette circonstance (Crim. rej. 21 nov. D. A. 1879; v° *Jugement*, supp., n° 342).

§ **1170**. [1] Rodière, *op. et loc. cit. Contrà*, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 368 ; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.;* Bonnier, *op. cit.*, n° 337.

[2] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 314. Bonnier, *op. cit.*, n° 333.

[3] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 312 et 313. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 593 *ter*. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. et loc. cit.* Req. 25 juin 1833 (D. A. *v° cit.*, n° 84). Req. 8 nov. 1871 (D. P. 71. 1. 253). Req. 18 nov. 1879 (D. P. 80. 1. 389). *Contrà*, Poitiers, 16 déc. 1847 (D. P. 48. 2. 108) et 7 janv. 1856 (D. P. 56. 2. 84).

§ **1171**. [1] Je rappelle l'article 140 : « Les procureurs de la République se fe- « ront représenter tous les mois les minutes des jugements, et vérifieront s'il a « été satisfait aux dispositions ci-dessus ; en cas de contravention, ils en dres- « seront procès-verbal pour être procédé ainsi qu'il appartiendra » (Comp., sur ce point, *suprà*, § **1165**).

[2] D. 30 mars 1808, art. 37. Paris, 26 avr. 1830 (D. A. v° *Adoption*, n° 159). Lyon, 16 juill. 1834 (D. A. v° *Jugement*, n° 224). Voy., sur l'article 37 du décret du 3 mars 1808, *suprà*, § **1165**, note 2.

jugement qui ne la porterait pas serait dépourvu de valeur légale, à ce point qu'il serait réputé inexistant, et qu'on n'aurait pas besoin de se pourvoir contre lui en cassation[3]. Toutefois, il faut pour cela deux conditions : 1° que l'existence du jugement soit contestée, car il ne s'agit pas ici d'une loi d'ordre public, et les parties couvriraient le vice du jugement en reconnaissant qu'il existe, et en renonçant, par suite, à en contester l'authenticité[4]; 2° que la cour d'appel n'ait pas permis que le jugement fût signé par un magistrat autre que le président ou le plus ancien juge, car il est toujours temps de demander cette autorisation, et, tant qu'elle n'a pas été refusée, un moyen reste à la partie gagnante de s'assurer le bénéfice du jugement en en couvrant l'irrégularité[5]. Reste l'hypothèse où le jugement est signé par un juge qui n'y a pas assisté, ou encore, sans autorisation de la cour d'appel, par un magistrat qui n'était ni le président ni le plus ancien juge. C'est un cas de nullité[6], mais cette nullité n'est point absolue, car l'irrégularité sera couverte si les parties demandent et si la cour d'appel ordonne que cette signature soit rayée sur la minute, et remplacée par celle d'un juge qui ait pris part au jugement[7].

[3] Merlin, *op. cit.*, v° *Signature*, § II. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 589. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 261. Besançon, 11 août 1869 (D. P. 70. 2. 205). Req. 5 avr. 1875 (D. P. 75. 1. 295). Ce dernier arrêt en tire cette conséquence qu'un jugement non signé ne doit jamais être l'objet d'un pourvoi en cassation : ou la cour d'appel autorise à signer le jugement un magistrat qui n'est ni le président ni le plus ancien juge, ou elle ne l'autorise pas; dans le premier cas le jugement est valable, dans le second il est inexistant. Il a été jugé anciennement que l'existence des jugements non signés peut être établie par d'autres moyens de preuve et, notamment, par les circonstances du fait (Paris, 31 juill. 1828, Bordeaux, 6 mai 1841; D. A. *v° et loc. cit.*); mais il s'agissait, dans l'espèce, de jugements rendus avant la promulgation du Code de procédure, c'est-à-dire à une époque où les jugements étaient souvent écrits sur une feuille volante : il n'en serait pas de même aujourd'hui, et un jugement signé devrait être considéré comme non avenu (Voy. cep. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 316). Les mentions marginales des noms des juges, du représentant du ministère public, et du greffier ne font également foi que lorsqu'elles sont signées (Civ. cass. 24 août 1825; D. A. *v° cit.*, n° 216).

[4] Req. 9 avr. 1834 (D. A. v° *Requête civile*, n° 64).

[5] L'article 38 du décret du 30 mars 1808 n'indique pas de délai fixe dans lequel on doive, à peine de déchéance, demander à la cour d'appel l'autorisation dont il s'agit (Lyon, 27 juill. 1834; D. A. v° *Jugement*, *loc. cit.*); mais plus on s'éloigne du jour où le jugement a été rendu, plus l'authenticité en devient douteuse, et plus la cour fera difficulté de donner l'autorisation qu'on lui demande.

[6] Besançon, 4 août 1869 (D. P. 70. 2. 205).

[7] Limoges, 5 mars 1840 (D. A. *v° cit.*, n° 222). Besançon, 6 févr. 1867 (D. P. 67. 2. 16).

§ **1172**. De quelque tribunal qu'émane le jugement, il faut se hâter de le rédiger pour empêcher qu'on le modifie, d'en dresser minute pour éviter qu'il se perde, et de le signer pour lui donner l'authenticité; les règles qui précèdent s'appliquent donc, dans leur ensemble, aux jugements rendus par les tribunaux d'exception[1]. Aussi l'article 433 et la circulaire ministérielle du 31 octobre 1809 prescrivent-ils d'observer, autant que possible, en matière commerciale, les dispositions de l'article 141 du Code de procédure et des articles 36 à 38 du décret du 30 mars 1808 sur la rédaction et la signature du jugement[2]. Je dis *autant que possible,* car il va de soi que les jugements d'un tribunal, auprès duquel il n'y a pas de ministère public[3], ne mentionnent pas les conclusions du procureur de la République[4], et que le nom des avoués qui n'y existent pas non plus est remplacé, aux termes de l'ordonnance du 10 mars 1825, par la mention expresse que les représentants des parties ont reçu d'elles un pouvoir spécial ou se sont trouvés autorisés par leur présence[5]. L'article 18 dispose de même, quant aux juges de paix, que « les minutes de tout jugement « seront portées par le greffier sur la feuille d'audience, et

§ **1172**. [1] La cour de cassation a cependant jugé que l'article 141 ne s'applique pas en matière disciplinaire, et que l'absence de la mention relative aux conclusions du ministère public ne vicie pas le jugement, s'il est constaté par ailleurs qu'elles ont été déposées (Req. 7 juin 1847; D. P. 47. 1. 235).

[2] Voy., sur le plumitif dans les tribunaux de commerce, civ. rej. 4 nov. 1885 (D. P. 86. 1. 295), et sur la signature des jugements de ces tribunaux, Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 589 et 592. Aj. l'article 6 de l'ordonnance du 5 novembre 1823, qui charge leurs présidents de vérifier les minutes et de transmettre dans les cinq jours au procureur général le résultat de leur vérification.

[3] Voy., sur ce point, t. I, § **44**.

[4] *Quid* dans les tribunaux de première instance jugeant commercialement? Voy. t. I, § **206**.

[5] O. 10 mars 1825, art. 1. Aj. art. 2 : « Les magistrats chargés de procéder « à la vérification ordonnée par l'article 6 de l'ordonnance du 5 novembre 1823 « (Voy. *suprà*, note 2), s'assureront si la formalité prescrite par l'article précé- « dent est observée dans tous les jugements rendus entre des parties qui ont « été défendues, ou dont l'une a été défendue par un tiers : ils consigneront « dans leur procès-verbal le résultat de leur examen à cet égard » ; art. 3 : « En « cas de contravention à l'article 1er de la présente ordonnance, il en sera rendu « compte à notre garde des sceaux, pour être pris à l'égard du greffier telles « mesures qu'il appartiendra » (Voy., sur cette ordonnance, t. I, § **284**, et *suprà*, § **1023**). Le procès-verbal d'un arbitre-rapporteur, bien que visé dans ce jugement, n'en fait point partie intégrante, et peut n'y être pas relaté *in extenso* (Civ. rej. 18 janv. 1870; D. P. 70. 1. 111).

« signées par le juge qui aura tenu l'audience et par le greffier »[6], et l'on s'accorde à dire, faute d'indication contraire dans le texte de la loi, qu'elles doivent contenir, à peine de nullité, toutes les énonciations prescrites par l'article 141[7], sauf l'indication des avoués dont le ministère n'est pas admis devant cette juridiction[8], et des conclusions du ministère public qui n'y existe pas en matière civile[9]. Le décret du 11 juin 1809, sur les conseils de prud'hommes, est muet sur la rédaction de leurs jugements, d'où l'on peut conclure qu'il se réfère, en principe, au droit commun; mais il dispose qu'à la différence des jugements des tribunaux de première instance et de commerce qui sont signés seulement par le président et par le greffier, « les minutes de tout jugement « seront portées par le secrétaire sur la feuille d'audience, « signées par les prud'hommes qui auront été présents, et « contre-signées par lui »[10]. Il résulte aussi de l'article 46 du même décret que ce secrétaire est dépositaire des minutes des jugements rendus par le conseil[11].

§ **1173**. II. Les jugements ne sont pas faits pour rester secrets. Les greffiers qui en ont la garde doivent en communiquer le texte, contre paiement des droits de greffe[1] : 1° au

[6] Voy., sur cet article, *Vente, Justice de paix, feuille d'audience non signée, moyen d'y remédier* (dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. XII, 1853, p. 595 et suiv.; civ. cass. 21 avr. 1898 (D. P. 98. 1. 263). Le juge de paix doit vérifier tous les mois les minutes rédigées par le greffier, et en rendre compte au procureur de la République (O. 5 nov. 1823, art. 3).

[7] Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 481. Voy., sur la mention de la publicité de l'audience en justice de paix, civ. rej. 12 nov. 1834 (D. A. *v° cit.*, n° 200). La prorogation volontaire de la compétence du juge de paix par les parties (Voy. t. I, § **403**) ne le dispense pas d'observer ces formalités (Paris, 19 août 1841; D. A. *v° cit.*, n° 290).

[8] Voy. t. I, § **216**.

[9] Voy. t. I, § **44**.

[10] Voy., sur la difficulté d'exécuter à la lettre cette disposition, Mollot, *op. cit.*, n° 345.

[11] Voy., sur ce secrétaire et sur ses fonctions, t. I, § **214**.

§ **1173**. [1] « Les greffiers et dépositaires des registres publics en délivreront, « sans ordonnance de justice, expédition, copie ou extrait à tous requérants, à « la charge de leurs droits, à peine de dépens, dommages et intérêts » (Art. 853; voy., sur cette obligation des greffiers, Carré, *op. cit.*, t. VI, quest. 2692, Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. II, n° 1103, Besançon, 16 mars 1882, D. P. 82. 2. 235; et, sur la procédure à suivre pour obtenir l'expédition du jugement dans le cas où elle serait refusée, le tome VII). Je rappelle, toutefois, que l'article 245 défend de délivrer, sans autorisation spéciale, copie de pièces prétendues fausses et, par conséquent, d'un jugement contre lequel une

gagnant, qui veut signifier un jugement pour pouvoir procéder à l'exécution, ou pour faire courir le délai de l'appel, de la requête civile ou du pourvoi en cassation[2]; 2° au perdant, qui veut étudier ce jugement ou le faire étudier par ses conseils pour savoir s'il doit l'attaquer ou l'exécuter[3]; 3° à toute personne intéressée, ou qui croit l'être, à se procurer le texte d'un jugement auquel elle n'a pas été partie[4]. Toutefois, les minutes étant déposées au greffe d'où elles ne doivent généralement pas sortir[5], le greffier n'en peut donner qu'une copie ou expédition[6] : on dit alors de la partie requérante qu'elle

inscription de faux serait formée (Voy., sur ce point, t. II, § **811**, note 7). Aj., sur l'enregistrement des jugements et sur le paiement des droits fiscaux à percevoir de ce chef, *infrà*, § **1195**.

[2] Voy., sur la signification des jugements, *infrà*, §§ **1189** et suiv.

[3] Quelquefois même les deux parties se signifient respectivement les jugements qui sont intervenus entre elles (Voy. *infrà*, § **1191**).

[4] Il en est autrement : 1° des actes notariés dont les tiers ne peuvent obtenir communication sans l'autorisation du président du tribunal de première instance, à peine de dommages-intérêts et d'amende contre le notaire contrevenant, et même de suspension en cas de récidive (L. 25 vent. an XI, art. 23; voy., sur ce point, le tome VII; 2° des procédures criminelles non suivies de condamnation, dont il n'est pas permis de prendre copie (Civ. cass. 17 juin 1834; D. A. v° *Compulsoire*, n° 10). Les jugements disciplinaires font aussi exception à la règle, et les tiers ne peuvent en obtenir communication que si le tribunal les y autorise (Aix, 11 janv. 1825; D. A. v° *Greffe*, n° 69). La publicité donnée à un jugement par la partie qui l'a obtenu peut quelquefois constituer le délit de diffamation (Bordeaux, 11 nov. 1890; D. P. 91. 2. 6; S. 91. 2. 224).

[5] « Le greffe est un dépôt sacré dont les minutes ne doivent jamais sortir que « dans le cas où il serait indispensablement nécessaire de les exhiber, soit pour « en faire la vérification si elles étaient arguées de faux, soit pour les confronter « avec des expéditions qui en auraient été délivrées ou qui seraient pareillement « arguées de faux. En un mot, ce n'est que dans des circonstances semblables « que les tribunaux sont autorisés à ordonner l'apport des minutes; au contraire, « lorsqu'il ne s'agit pas de prononcer d'après des contestations relatives à ce « que contiennent ces pièces, la partie intéressée doit être assujettie à en pro- « duire des expéditions en forme, et il n'est pas permis d'y substituer des mi- « nutes pour être lues à l'audience ou communiquées aux défenseurs officieux » (Circ. minist. 17 therm. an VII; D. A. *v° cit.*, n° 54). « Je n'ignore pas que, par « condescendance pour quelques magistrats, les greffiers souffrent que les mi- « nutes des jugements et autres actes judiciaires sortent du greffe, et soient « colportées dans la ville et envoyées même quelquefois à la campagne pour « les faire revêtir de signatures indispensables. Ces déplacements de minutes « sont un abus qu'on ne peut tolérer, et qui prête, d'ailleurs, à de grands dan- « gers. C'est au greffe même ou dans les chambres du conseil que les magistrats « doivent faire leur vérification, et apposer leurs signatures sur les actes aux- « quels ils ont concouru » (Circ. minist. 23 déc. 1822; D. A. *v° et loc. cit.*). Comp. les précautions à prendre pour apporter au greffe d'un autre tribunal les minutes invoquées comme pièces de comparaison dans un procès d'inscription de faux ou de vérification d'écriture (T. II, §§ **800** et **810**).

[6] On appelle copie signifiée celle qui l'a été suivant les formes indiquées *infrà*, §§ **1190** et **1191**.

qui ont trait à la signature du jugement. Les conditions de l'authenticité[1] s'y trouvent donc réunies, et il fait foi jusqu'à inscription de faux de tout ce que le greffier affirme avoir vu et entendu[2] : 1° conformité du texte porté sur la feuille d'audience avec celui qu'a arrêté le tribunal; 2° incidents qui y sont relatés (partage, attribution d'une voix à chacun des juges parents ou alliés qui se sont trouvés d'avis différent, appel d'un avocat ou d'un avoué pour compléter le tribunal); 3° présence effective des magistrats et du greffier désignés comme ayant assisté à l'audience[3]. Ces affirmations de la feuille d'audience ne peuvent être combattues que par l'inscription de faux : les indications contraires du plumitif ne prévaudraient pas à l'encontre[4], et les feuilles d'audience ne pourraient être rectifiées à l'aide du registre de pointe[5], d'un certificat du greffier[6], ou des souvenirs personnels des magistrats[7]. Il n'en est plus de même, si une feuille d'audience porte en tête que tels juges étaient présents à telle audience, et si l'on conteste qu'ils aient pris part à l'un des jugements qui y ont été rendus : cette unique mention ne fait que présumer la participation de tous ces juges à tous les jugements rendus au cours de cette audience, et l'on peut prouver leur absence sans recourir aux formes particulières de l'inscription de faux[8].

§ **1168**. B. Tout jugement doit justifier par lui-même de sa validité : l'absence d'une mention requise à peine de nullité est donc irréparable, et rien ne sert de prouver par ailleurs que les prescriptions légales ont été suivies quand le juge-

§ **1167**. [1] Voy., sur ces conditions, t. II, § **705**.

[2] Voy., sur la foi due aux actes authentiques, t. II, *ib.*

[3] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 331 et 332. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 595 *ter*.

[4] Civ. cass. 30 août 1854 (D. P. 54. 1. 282). Req. 10 mai 1859 (D. P. 59. 1. 422). Civ. cass. 18 déc. 1878 (D. P. 79. 1. 200). Civ. cass. 12 mars 1879 (D. P. 79. 1. 260).

[5] Civ. cass. 6 nov. 1827 (D. A. v° *Jugement*, n. 318).

[6] Civ. cass. 26 mai 1819 et 3 déc. 1827 (D. A. *v° cit.*, n° 274).

[7] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 304. Civ. cass. 6 nov. 1827 (D. A. *v° cit.*, n° 323). Civ. cass. 14 mai 1828 (D. A. *v° cit.*, n° 49). Civ. cass. 11 févr. 1835 (D. A. *v° cit.*, n° 121).

[8] Civ. cass. 16 mai 1821 (D. A. *v° cit.*, n° 56). Civ. rej. 12 mai 1852 (D. P. 52. 1. 146). Req. 30 avr. 1873 (D. P. 73. 1. 469). Comp. t. II, § **705**.

ment n'en fournit pas la preuve[1]. C'est une règle commune à tous les actes solennels, et les jugements n'y échappent pas plus que les actes de procédure[2]. Il s'agit seulement de savoir quelles mentions y sont requises à peine de nullité. Cela ne faisait pas question sous l'empire du droit intermédiaire, en présence du décret des 16-24 mars 1790 qui réglementait non-seulement l'organisation des tribunaux mais encore les formes de leurs jugements[3], et du décret du 4 germinal an II qui portait qu' « à l'avenir toute violation ou omission des « formes prescrites en matière civile par les décrets émanés « des représentants du peuple depuis 1789, quand même ils « ne prononceraient pas expressément la nullité, donnerait « ouverture à la cassation »[4]. Que dire aujourd'hui dans le silence de l'article 141, qui énumère les différentes parties de la minute sans s'expliquer sur les conséquences des lacunes qui peuvent s'y trouver? Trois opinions se sont produites. On a soutenu, d'abord, en vertu de l'adage « *Generalia non* « *derogant specialibus* », que l'article 2 du décret du 4 germinal an IV, disposition spéciale, n'a pas été abrogé par l'article 1041[5], et qu'en conséquence toutes les énonciations des jugements sont requises à peine de nullité[6]. On a invoqué, dans un sens diamétralement opposé, l'article 1030 qui défend d'appliquer, en matière de procédure, des nullités qui ne sont pas formellement prononcées par un texte de loi[7], et on a conclu de là que l'omission des motifs est la seule qui entraîne nullité en vertu de la loi du 20 avril 1810[8]. La première opinion applique mal une idée juste, la seconde a pour point

§ **1168**. [1] Civ. cass. 11 févr. 1835 (D. A. *v° cit.*, n° 121). Civ. cass. 17 mai 1852 (D. P. 52. 1. 177). Bourges, 13 août 1884 (D. P. 86. 2. 48). Voy. aussi, dans le même sens, les arrêts cités au § précédent, notes 4 à 8, desquels il résulte que rien ne peut réparer l'omission dans le jugement du nom des juges qui l'ont rendu.

[2] Voy., sur ce principe, t. II, § **608**.

[3] Tit. V, art. 15.

[4] Duvergier, *op. cit.*, t. VII, p. 137.

[5] Voy., sur cet article, t. II, § **539**; comp. une controverse analogue sur le point de savoir s'il a abrogé l'arrêté directorial du 10 thermidor an IV (T. I, § **217**).

[6] Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 594. Boncenne, *op. cit.*, t. II, p. 441 et suiv. Civ. cass. 11 févr. 1835 (D. A. v° *Jugement*, n° 121).

[7] Voy., sur cet article, t. II, §§ **498** et suiv.

[8] Art. 7. Voy., sur ce point, *suprà*, § **1114**; et, en faveur de cette opinion, Merlin, *Répertoire*, v° *Jugement*, § II, Toullier, *op. cit.*, t. X, n° 135. Thomine-Desmazures, *op. cit.*, t. I, p. 267.

de départ une idée fausse : 1° les lois générales n'abrogent que les textes qui ont eux-mêmes une portée générale, mais l'article 2 du décret du 4 germinal an II, sur la forme des jugements, est une loi générale qui rayonne, en quelque sorte, sur toute la procédure, et tombe, par conséquent, sous le coup de l'article 141; 2° l'article 1030 est étranger aux jugements, et s'applique uniquement aux nullités commises par les officiers ministériels dans les actes de procédure dont ils sont chargés[9]. La jurisprudence a depuis longtemps repoussé ces opinions extrêmes pour se rallier à une troisième solution, qui distingue entre les énonciations substantielles dont l'omission ou l'inexactitude évidente entraînent nécessairement la nullité du jugement, et les énonciations substantielles dont l'omission ou l'erreur n'a rien d'irritant[10]. Rien n'est plus raisonnable, car il serait aussi absurde de valider un jugement sans dispositif, qu'il serait excessif d'annuler, au détriment de la partie qui l'a obtenu, celui qui ne présente qu'une lacune ou une erreur sans conséquence[11].

§ **1169**. *a*. Les énonciations substantielles sont : 1° l'indication des parties, sans laquelle on ne peut savoir à qui le jugement s'applique, qui l'a obtenu, et qui doit l'exécuter[1]; 2° le nom de l'avoué choisi par le demandeur, et dont la constitution est une condition essentielle de la régularité de la procédure[2]; 3° le dispositif, sans lequel il n'y a pas de juge-

[9] Voy., sur ce point, t. II, §§ **502** et **504**.

[10] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 286 et suiv. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. II, n° 301. Bonnier, *op. cit.*, n° 332. Req. 9 déc. 1828 (D. A. *v° cit.*, n° 253). C. cass. de Belgique, 18 oct. 1831 (D. A. *v° cit.*, n° 262). Req. 19 févr. 1861 (D. P. 61. 1. 443). Aj. les arrêts cités au § suivant; et, sur les énonciations substantielles et non substantielles, t. II, § **501**.

[11] J'ai dit t. II, § **502**, qu'il faut appliquer la même distinction aux actes de procédure dont les formes ne sont pas expressément prescrites à peine de nullité.

§ **1169**. [1] On a vu au § **1164**, note 10, que les noms des parties ne sont mentionnés que sommairement dans la minute du jugement; mais cette mention sommaire y est exigée à peine de nullité (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 362; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Boncenne, *op. cit.*, t. II, p. 445; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*; Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 266; Bonnier, *op. cit.*, n° 337; civ. cass. 29 nov. 1869, D. P. 70. 1. 341).

[2] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 361. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. et loc. cit.* *Quid*, si c'est le nom de l'avoué du défendeur qui est omis? Voy. *infrà*, même §. La cour de cassation (chambre des requêtes) a jugé, le 4 mars 1823 (D. A. v° *Avoué*, n° 61)

ment[3]; 4° les noms des juges qui ont statué (membres ordinaires du tribunal, départiteurs, avocats ou avoués appelés pour le compléter[4]); ces indications sont nécessaires pour attester que le jugement a été rendu par de véritables magistrats, siégeant en nombre et régulièrement appelés[5]; 5° l'affirmation que ceux d'entre eux qui sont parents ou alliés jusqu'au degré d'oncle et de neveu ont été d'avis différents, si l'on n'a pu former une majorité qu'en leur attribuant à chacun une voix; cette mention est indispensable pour attester que le jugement a été valablement formé[6]; 6° la mention de

et le 4 janvier 1825 (D. A. v° *Jugement*, n° 283), que l'indication des avoués qui ont occupé dans l'affaire n'est pas requise dans le jugement à peine de nullité; mais les arrêtistes ne font pas connaître les circonstances du fait, et il est impossible de savoir quel nom avait été omis dans ces deux espèces, si c'était celui de l'avoué du demandeur ou celui de l'avoué du défendeur.

[3] Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boncenne, *op. cit.*, t. II, p. 446. Bonnier, *op. cit.*, n° 334. Je rappelle qu'on peut fixer les dommages-intérêts par état (Voy. *suprà*, § **1075**) : on ne dira donc pas qu'un jugement manque de dispositif, parce qu'il condamne une partie à des dommages-intérêts dont il ne fixe pas le montant.

[4] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 293 et 303. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 593 *ter*. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 265. Bonnier, *op. cit.*, n° 333. Agen, 30 mai 1808; civ. cass. 11 juin 1811 et 24 nov. 1824 (D. A. *v° cit.*, n° 267). Orléans, 16 juin 1858 (D. P. 58. 2. 187). Aj., sur la mention des avoués et avocats appelés à compléter le tribunal, t. I, § **265**, et le § précédent; sur la mention du partage et des personnes désignées comme départiteurs, *suprà*, § **1067**, et le § précédent. L'erreur sur le nom d'un juge, qui fait indiquer comme présent au jugement un magistrat qui n'y a pas assisté, entraîne aussi nullité (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 307). La mention que tel juge a pris part au jugement fait présumer, jusqu'à preuve contraire, qu'il a assisté à toutes les audiences de la cause (Civ. cass. 16 janv. 1894, D. P. 94. 1. 247, S. 95. 1. 97; req. 2 déc. 1895, D. P. 96. 1. 256, S. 96. 1. 239).

[5] Certaines tolérances sont généralement admises : 1° le président est suffisamment indiqué par sa qualité, lors même qu'elle ne serait pas accompagnée de son nom (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 305; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*); 2° sa signature peut même remplacer l'indication de son nom (Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 265; req. 27 févr. 1827 et 3 juin 1829, D. A. *v° cit.*, n° 272); 3° l'erreur sur le numéro de la chambre qui a rendu le jugement n'est pas une cause de nullité, si le jugement énonce exactement les noms des juges qui y ont pris part (Req. 10 déc. 1866; D. P. 67. 1. 440). La cour de cassation a même jugé, le 4 mai 1829, que, s'il a été rendu plusieurs jugements dans la même cause, il n'est pas indispensable de mentionner dans chacun d'eux le nom des juges qui y ont participé (D. A. *v° cit.*, n° 268) : cette décision est certainement erronée. Sans doute, il n'est pas prescrit à peine de nullité d'énoncer que les juges qui ont rendu le jugement définitif ont assisté à toutes les audiences de la cause (Voy. *suprà*, § **1164**, note 15), mais il faut pour cela qu'il n'ait pas été rendu de jugement à ces audiences, car les jugements d'avant faire droit qui y ont été rendus sont nuls, si chaque feuille d'audience ne contient pas la mention des juges qui y ont pris part, ou, tout au moins, une mention générale qui puisse s'appliquer à tous les jugements rendus à cette audience (Voy. *suprà*, *ib.*, note 9).

[6] Voy. *suprà*, §§ **1062** et **1164**.

la présence[7] et de l'audition du procureur de la République ou de son substitut[8], si, la cause étant communicable au ministère public, ses conclusions étaient nécessaires pour la validité du jugement[9]; 7° la mention de la présence du greffier dont le concours est nécessaire à la validité de toutes les opérations judiciaires[10].

[7] De même que ni registre de pointe, ni certificat de greffier, ni attestation personnelle des magistrats ne peuvent prévaloir contre les indications données par la feuille d'audience sur les noms des juges qui ont rendu le jugement (Voy. *suprà*, § **1167**), de même on ne peut prouver par des certificats que le ministère public a été représenté dans une cause qui devait lui être communiquée (Civ. cass. 29 frim. an XIII, Rennes, 16 juill. 1835; D. A. v° *Ministère public*, n° 124).

[8] Il ne suffit pas de mentionner sa présence : il faut dire qu'il a conclu (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 312; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*; Rodière, *op. et loc. cit.*; civ. cass. 29 fruct. an III, D. A. v° *Jugement*, n° 282; civ. cass. 13 flor. an X, D. A. v° *Ministère public*, n° 124; civ. cass. 16 juill. 1806, D. A. v° *Mariage*, n° 838; Riom, 24 août 1846, D. P. 47. 1. 309; civ. cass. 27 mai 1850, D. P. 50. 1. 157; Grenoble, 24 janv. 1865, D. P. 65. 2. 220). Ni son affirmation ni celle du président ne peuvent réparer le vice qui résulte du silence que la minute garderait sur ce point (Civ. cass. 29 fruct. an III et 16 vend. an XIII; D. A. v° *Jugement*, *loc. cit.*), et je crois que la cour de Grenoble a eu tort de juger, le 1er mars 1821 (D. A. v° *cit.*, n° 281), que cette omission de la minute pourrait être réparée à l'aide du plumitif, car on a vu au § **1167** que la minute doit se suffire à elle-même, et que les indications du plumitif ne peuvent servir à combler les lacunes qui s'y trouvent. Il est certain, d'autre part, que la mention que le ministère public a été entendu est largement suffisante; en conséquence : 1° la mention qu'il a conclu « par les motifs énoncés en ses conclusions « écrites » constate suffisamment qu'il a donné des conclusions verbales (Civ. cass. 14 nov. 1849, D. P. 50. 1. 26; voy., sur l'obligation où il est de conclure verbalement, t. II, § **688**); 2° la mention qu'il a déclaré « s'en rapporter » établit suffisamment qu'il a conclu (Civ. rej. 26 juill. 1854, D. P. 54. 1. 303; voy., sur ce point, t. II, *ib.*); 3° il n'est pas nécessaire de dire qu'il a assisté au prononcé du jugement (Req. 25 nov. 1840, D. A. v° *cit.*, n° 280; req. 9 mai 1843, D. A. v° *cit.*, n° 70); 4° il importe peu que le jugement définitif mentionne que le ministère public a été entendu un autre jour que celui auquel un jugement d'avant faire droit avait décidé qu'il donnerait ses conclusions (Req. 2 janv. 1824; D. A. v° *Descente sur lieux*, n° 55). Suffit-il d'indiquer sa qualité en ces termes : « Le ministère public entendu... le procureur de la République entendu... le « substitut du procureur de la République entendu... l'avocat de la République « entendu ? » Faut-il, au contraire, le désigner par son nom propre? Voy., dans le premier sens, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 312, Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*, Rodière, *op. et loc. cit.*, c. cass. de Belgique, 17 juin 1835 (D. A. v° *Jugement*, n° 281); dans le second sens, Nîmes, 1er août 1827 (D. A. v° *et loc. cit.*). En tout cas, l'omission de son nom propre à l'endroit où il est dit qu'il a été entendu n'entraîne pas nullité, si la note marginale qui se trouve en tête de la feuille d'audience le désigne nominativement comme ayant tenu l'audience (Montpellier, 20 mai 1829; D. A. v° *et loc. cit.*).

[9] Cette omission dans le texte du jugement entraînera, naturellement, la même sanction que l'absence même de conclusions du ministère public, à savoir une ouverture à requête civile (Req. 1er juill. 1812; D. A. v° *et loc. cit.*). *Quid*, si cette omission se rencontre dans un jugement rendu sur une cause qui n'était pas communicable au ministère public? Voy. *infrà*, même §.

[10] Voy., sur ce point, t. I, § **210**. Il a, d'ailleurs, été jugé que sa signature

§ **1170**. *b*. Ne sont ni substantielles ni requises à peine de nullité l'indication de l'avoué du défendeur, celle du nom du greffier d'audience, et la mention que le ministère public a conclu ou seulement assisté au jugement d'une cause qui n'était pas communicable : s'il n'est pas dit que le défendeur ait constitué avoué, on en tirera seulement cette conséquence que le jugement a été rendu par défaut faute de conclure[1]; si la minute ne contient pas le nom du greffier d'audience, la signature le fera suffisamment connaître[2]; s'il n'est pas dit que le ministère public ait été représenté à l'audience, cette omission sera sans importance, ses conclusions et sa présence même étant superflues dans les affaires qu'on n'est pas tenu de lui communiquer[3].

§ **1171**. C. Il en est à peu près de même des formalités relatives à la signature du jugement : il y en a d'essentielles et dont l'absence entraîne nullité ; il y en a d'autres qui ne sont que des mesures d'ordre, et dont l'omission appelle seulement la surveillance et les observations du procureur de la République[1]. Telle est, d'abord, la signature du greffier dont l'omission ne peut être irritante, puisqu'au cas où il serait dans l'impossibilité de signer il suffit, pour la validité de la procédure, que le président en fasse mention en signant lui-même[2]. Quant à lui, sa signature est indispensable, et le

fait présumer sa présence au jugement, et permet de ne pas annuler ce dernier quand même il ne ferait pas mention de cette circonstance (Crim. rej. 21 nov. D. A. 1879; v° *Jugement*, supp., n° 342).

§ **1170**. [1] Rodière, *op. et loc. cit. Contrà*, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 368; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.;* Bonnier, *op. cit.*, n° 337.

[2] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 314. Bonnier, *op. cit.*, n° 333.

[3] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 312 et 313. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 593 *ter*. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. et loc. cit.* Req. 25 juin 1833 (D. A. *v° cit.*, n° 84). Req. 8 nov. 1871 (D. P. 71. 1. 253). Req. 18 nov. 1879 (D. P. 80. 1. 389). *Contrà*, Poitiers, 16 déc. 1847 (D. P. 48. 2. 108) et 7 janv. 1856 (D. P. 56. 2. 84).

§ **1171**. [1] Je rappelle l'article 140 : « Les procureurs de la République se fe-« ront représenter tous les mois les minutes des jugements, et vérifieront s'il a « été satisfait aux dispositions ci-dessus ; en cas de contravention, ils en dres-« seront procès-verbal pour être procédé ainsi qu'il appartiendra » (Comp., sur ce point, *suprà*, § **1165**).

[2] D. 30 mars 1808, art. 37. Paris, 26 avr. 1830 (D. A. v° *Adoption*, n° 159). Lyon, 16 juill. 1834 (D. A. v° *Jugement*, n° 224). Voy., sur l'article 37 du décret du 3 mars 1808, *suprà*, § **1165**, note 2.

jugement qui ne la porterait pas serait dépourvu de valeur légale, à ce point qu'il serait réputé inexistant, et qu'on n'aurait pas besoin de se pourvoir contre lui en cassation[3]. Toutefois, il faut pour cela deux conditions : 1° que l'existence du jugement soit contestée, car il ne s'agit pas ici d'une loi d'ordre public, et les parties couvriraient le vice du jugement en reconnaissant qu'il existe, et en renonçant, par suite, à en contester l'authenticité[4]; 2° que la cour d'appel n'ait pas permis que le jugement fût signé par un magistrat autre que le président ou le plus ancien juge, car il est toujours temps de demander cette autorisation, et, tant qu'elle n'a pas été refusée, un moyen reste à la partie gagnante de s'assurer le bénéfice du jugement en en couvrant l'irrégularité[5]. Reste l'hypothèse où le jugement est signé par un juge qui n'y a pas assisté, ou encore, sans autorisation de la cour d'appel, par un magistrat qui n'était ni le président ni le plus ancien juge. C'est un cas de nullité[6], mais cette nullité n'est point absolue, car l'irrégularité sera couverte si les parties demandent et si la cour d'appel ordonne que cette signature soit rayée sur la minute, et remplacée par celle d'un juge qui ait pris part au jugement[7].

[3] Merlin, *op. cit.*, v° *Signature*, § II. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 589. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 261. Besançon, 11 août 1869 (D. P. 70. 2. 205). Req. 5 avr. 1875 (D. P. 75. 1. 295). Ce dernier arrêt en tire cette conséquence qu'un jugement non signé ne doit jamais être l'objet d'un pourvoi en cassation : ou la cour d'appel autorise à signer le jugement un magistrat qui n'est ni le président ni le plus ancien juge, ou elle ne l'autorise pas ; dans le premier cas le jugement est valable, dans le second il est inexistant. Il a été jugé anciennement que l'existence des jugements non signés peut être établie par d'autres moyens de preuve et, notamment, par les circonstances du fait (Paris, 31 juill. 1828, Bordeaux, 6 mai 1841 ; D. A. *v° et loc. cit.*); mais il s'agissait, dans l'espèce, de jugements rendus avant la promulgation du Code de procédure, c'est-à-dire à une époque où les jugements étaient souvent écrits sur une feuille volante : il n'en serait pas de même aujourd'hui, et un jugement signé devrait être considéré comme non avenu (Voy. cep. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 316). Les mentions marginales des noms des juges, du représentant du ministère public, et du greffier ne font également foi que lorsqu'elles sont signées (Civ. cass. 24 août 1825; D. A. *v° cit.*, n° 216).

[4] Req. 9 avr. 1834 (D. A. v° *Requête civile*, n° 64).

[5] L'article 38 du décret du 30 mars 1808 n'indique pas de délai fixe dans lequel on doive, à peine de déchéance, demander à la cour d'appel l'autorisation dont il s'agit (Lyon, 27 juill. 1834 ; D. A. v° *Jugement*, *loc. cit.*) ; mais plus on s'éloigne du jour où le jugement a été rendu, plus l'authenticité en devient douteuse, et plus la cour fera difficulté de donner l'autorisation qu'on lui demande.

[6] Besançon, 4 août 1869 (D. P. 70. 2. 205).

[7] Limoges, 5 mars 1840 (D. A. *v° cit.*, n° 222). Besançon, 6 févr. 1867 (D. P. 67. 2. 16).

§ **1172**. De quelque tribunal qu'émane le jugement, il faut se hâter de le rédiger pour empêcher qu'on le modifie, d'en dresser minute pour éviter qu'il se perde, et de le signer pour lui donner l'authenticité; les règles qui précèdent s'appliquent donc, dans leur ensemble, aux jugements rendus par les tribunaux d'exception[1]. Aussi l'article 433 et la circulaire ministérielle du 31 octobre 1809 prescrivent-ils d'observer, autant que possible, en matière commerciale, les dispositions de l'article 141 du Code de procédure et des articles 36 à 38 du décret du 30 mars 1808 sur la rédaction et la signature du jugement[2]. Je dis *autant que possible,* car il va de soi que les jugements d'un tribunal, auprès duquel il n'y a pas de ministère public[3], ne mentionnent pas les conclusions du procureur de la République[4], et que le nom des avoués qui n'y existent pas non plus est remplacé, aux termes de l'ordonnance du 10 mars 1825, par la mention expresse que les représentants des parties ont reçu d'elles un pouvoir spécial ou se sont trouvés autorisés par leur présence[5]. L'article 18 dispose de même, quant aux juges de paix, que « les minutes de tout jugement « seront portées par le greffier sur la feuille d'audience, et

§ **1172**. [1] La cour de cassation a cependant jugé que l'article 141 ne s'applique pas en matière disciplinaire, et que l'absence de la mention relative aux conclusions du ministère public ne vicie pas le jugement, s'il est constaté par ailleurs qu'elles ont été déposées (Req. 7 juin 1847; D. P. 47. 1. 235).

[2] Voy., sur le plumitif dans les tribunaux de commerce, civ. rej. 4 nov. 1885 (D. P. 86. 1. 295), et sur la signature des jugements de ces tribunaux, Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 589 et 592. Aj. l'article 6 de l'ordonnance du 5 novembre 1823, qui charge leurs présidents de vérifier les minutes et de transmettre dans les cinq jours au procureur général le résultat de leur vérification.

[3] Voy., sur ce point, t. I, § **44**.

[4] *Quid* dans les tribunaux de première instance jugeant commercialement? Voy. t. I, § **206**.

[5] O. 10 mars 1825, art. 1. Aj. art. 2 : « Les magistrats chargés de procéder « à la vérification ordonnée par l'article 6 de l'ordonnance du 5 novembre 1823 « (Voy. *suprà*, note 2), s'assureront si la formalité prescrite par l'article précé- « dent est observée dans tous les jugements rendus entre des parties qui ont « été défendues, ou dont l'une a été défendue par un tiers : ils consigneront « dans leur procès-verbal le résultat de leur examen à cet égard » ; art. 3 : « En « cas de contravention à l'article 1er de la présente ordonnance, il en sera rendu « compte à notre garde des sceaux, pour être pris à l'égard du greffier telles « mesures qu'il appartiendra » (Voy., sur cette ordonnance, t. I, § **284**, et *suprà*, § **1023**). Le procès-verbal d'un arbitre-rapporteur, bien que visé dans ce jugement, n'en fait point partie intégrante, et peut n'y être pas relaté *in extenso* (Civ. rej. 18 janv. 1870; D. P. 70. 1. 111).

« signées par le juge qui aura tenu l'audience et par le greffier »[6], et l'on s'accorde à dire, faute d'indication contraire dans le texte de la loi, qu'elles doivent contenir, à peine de nullité, toutes les énonciations prescrites par l'article 141[7], sauf l'indication des avoués dont le ministère n'est pas admis devant cette juridiction[8], et des conclusions du ministère public qui n'y existe pas en matière civile[9]. Le décret du 11 juin 1809, sur les conseils de prud'hommes, est muet sur la rédaction de leurs jugements, d'où l'on peut conclure qu'il se réfère, en principe, au droit commun; mais il dispose qu'à la différence des jugements des tribunaux de première instance et de commerce qui sont signés seulement par le président et par le greffier, « les minutes de tout jugement « seront portées par le secrétaire sur la feuille d'audience, « signées par les prud'hommes qui auront été présents, et « contre-signées par lui »[10]. Il résulte aussi de l'article 46 du même décret que ce secrétaire est dépositaire des minutes des jugements rendus par le conseil[11].

§ **1173**. II. Les jugements ne sont pas faits pour rester secrets. Les greffiers qui en ont la garde doivent en communiquer le texte, contre paiement des droits de greffe[1] : 1° au

[6] Voy., sur cet article, *Vente, Justice de paix, feuille d'audience non signée, moyen d'y remédier* (dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. XII, 1853, p. 595 et suiv.; civ. cass. 21 avr. 1898 (D. P. 98. 1. 263). Le juge de paix doit vérifier tous les mois les minutes rédigées par le greffier, et en rendre compte au procureur de la République (O. 5 nov. 1823, art. 3).

[7] Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 481. Voy., sur la mention de la publicité de l'audience en justice de paix, civ. rej. 12 nov. 1834 (D. A. *v° cit.*, n° 200). La prorogation volontaire de la compétence du juge de paix par les parties (Voy. t. I, § **403**) ne le dispense pas d'observer ces formalités (Paris, 19 août 1841; D. A. *v° cit.*, n° 290).

[8] Voy. t. I, § **216**.

[9] Voy. t. I, § **44**.

[10] Voy., sur la difficulté d'exécuter à la lettre cette disposition, Mollot, *op. cit.*, n° 345.

[11] Voy., sur ce secrétaire et sur ses fonctions, t. I, § **214**.

§ **1173**. [1] « Les greffiers et dépositaires des registres publics en délivreront, « sans ordonnance de justice, expédition, copie ou extrait à tous requérants, à « la charge de leurs droits, à peine de dépens, dommages et intérêts » (Art. 853; voy., sur cette obligation des greffiers, Carré, *op. cit.*, t. VI, quest. 2692, Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. II, n° 1103, Besançon, 16 mars 1882, D. P. 82. 2. 235; et, sur la procédure à suivre pour obtenir l'expédition du jugement dans le cas où elle serait refusée, le tome VII). Je rappelle, toutefois, que l'article 245 défend de délivrer, sans autorisation spéciale, copie de pièces prétendues fausses et, par conséquent, d'un jugement contre lequel une

gagnant, qui veut signifier un jugement pour pouvoir procéder à l'exécution, ou pour faire courir le délai de l'appel, de la requête civile ou du pourvoi en cassation[2]; 2° au perdant, qui veut étudier ce jugement ou le faire étudier par ses conseils pour savoir s'il doit l'attaquer ou l'exécuter[3]; 3° à toute personne intéressée, ou qui croit l'être, à se procurer le texte d'un jugement auquel elle n'a pas été partie[4]. Toutefois, les minutes étant déposées au greffe d'où elles ne doivent généralement pas sortir[5], le greffier n'en peut donner qu'une copie ou expédition[6] : on dit alors de la partie requérante qu'elle

inscription de faux serait formée (Voy., sur ce point, t. II, § **811**, note 7). Aj., sur l'enregistrement des jugements et sur le paiement des droits fiscaux à percevoir de ce chef, *infrà*, § **1195**.

[2] Voy., sur la signification des jugements, *infrà*, §§ **1189** et suiv.

[3] Quelquefois même les deux parties se signifient respectivement les jugements qui sont intervenus entre elles (Voy. *infrà*, § **1191**).

[4] Il en est autrement : 1° des actes notariés dont les tiers ne peuvent obtenir communication sans l'autorisation du président du tribunal de première instance, à peine de dommages-intérêts et d'amende contre le notaire contrevenant, et même de suspension en cas de récidive (L. 25 vent. an XI, art. 23; voy., sur ce point, le tome VII; 2° des procédures criminelles non suivies de condamnation, dont il n'est pas permis de prendre copie (Civ. cass. 17 juin 1834; D. A. v° *Compulsoire*, n° 10). Les jugements disciplinaires font aussi exception à la règle, et les tiers ne peuvent en obtenir communication que si le tribunal les y autorise (Aix, 11 janv. 1825; D. A. v° *Greffe*, n° 69). La publicité donnée à un jugement par la partie qui l'a obtenu peut quelquefois constituer le délit de diffamation (Bordeaux, 11 nov. 1890; D. P. 91. 2. 6; S. 91. 2. 224).

[5] « Le greffe est un dépôt sacré dont les minutes ne doivent jamais sortir que « dans le cas où il serait indispensablement nécessaire de les exhiber, soit pour « en faire la vérification si elles étaient arguées de faux, soit pour les confronter « avec des expéditions qui en auraient été délivrées ou qui seraient pareillement « arguées de faux. En un mot, ce n'est que dans des circonstances semblables « que les tribunaux sont autorisés à ordonner l'apport des minutes; au contraire, « lorsqu'il ne s'agit pas de prononcer d'après des contestations relatives à ce « que contiennent ces pièces, la partie intéressée doit être assujettie à en pro- « duire des expéditions en forme, et il n'est pas permis d'y substituer des mi- « nutes pour être lues à l'audience ou communiquées aux défenseurs officieux » (Circ. minist. 17 therm. an VII; D. A. *v° cit.*, n° 54). « Je n'ignore pas que, par « condescendance pour quelques magistrats, les greffiers souffrent que les mi- « nutes des jugements et autres actes judiciaires sortent du greffe, et soient « colportées dans la ville et envoyées même quelquefois à la campagne pour « les faire revêtir de signatures indispensables. Ces déplacements de minutes « sont un abus qu'on ne peut tolérer, et qui prête, d'ailleurs, à de grands dan- « gers. C'est au greffe même ou dans les chambres du conseil que les magistrats « doivent faire leur vérification, et apposer leurs signatures sur les actes aux- « quels ils ont concouru » (Circ. minist. 23 déc. 1822; D. A. *v° et loc. cit.*). Comp. les précautions à prendre pour apporter au greffe d'un autre tribunal les minutes invoquées comme pièces de comparaison dans un procès d'inscription de faux ou de vérification d'écriture (T. II, §§ **800** et **810**).

[6] On appelle copie signifiée celle qui l'a été suivant les formes indiquées *infrà*, §§ **1190** et **1191**.

qui ont trait à la signature du jugement. Les conditions de l'authenticité[1] s'y trouvent donc réunies, et il fait foi jusqu'à inscription de faux de tout ce que le greffier affirme avoir vu et entendu[2] : 1° conformité du texte porté sur la feuille d'audience avec celui qu'a arrêté le tribunal; 2° incidents qui y sont relatés (partage, attribution d'une voix à chacun des juges parents ou alliés qui se sont trouvés d'avis différent, appel d'un avocat ou d'un avoué pour compléter le tribunal); 3° présence effective des magistrats et du greffier désignés comme ayant assisté à l'audience[3]. Ces affirmations de la feuille d'audience ne peuvent être combattues que par l'inscription de faux : les indications contraires du plumitif ne prévaudraient pas à l'encontre[4], et les feuilles d'audience ne pourraient être rectifiées à l'aide du registre de pointe[5], d'un certificat du greffier[6], ou des souvenirs personnels des magistrats[7]. Il n'en est plus de même, si une feuille d'audience porte en tête que tels juges étaient présents à telle audience, et si l'on conteste qu'ils aient pris part à l'un des jugements qui y ont été rendus : cette unique mention ne fait que présumer la participation de tous ces juges à tous les jugements rendus au cours de cette audience, et l'on peut prouver leur absence sans recourir aux formes particulières de l'inscription de faux[8].

§ **1168**. B. Tout jugement doit justifier par lui-même de sa validité : l'absence d'une mention requise à peine de nullité est donc irréparable, et rien ne sert de prouver par ailleurs que les prescriptions légales ont été suivies quand le juge-

§ **1167**. [1] Voy., sur ces conditions, t. II, § **705**.

[2] Voy., sur la foi due aux actes authentiques, t. II, *ib.*

[3] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 331 et 332. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 595 *ter*.

[4] Civ. cass. 30 août 1854 (D. P. 54. 1. 282). Req. 10 mai 1859 (D. P. 59. 1. 422). Civ. cass. 18 déc. 1878 (D. P. 79. 1. 200). Civ. cass. 12 mars 1879 (D. P. 79. 1. 260).

[5] Civ. cass. 6 nov. 1827 (D. A. v° *Jugement*, n. 318).

[6] Civ. cass. 26 mai 1819 et 3 déc. 1827 (D. A. *v° cit.*, n° 274).

[7] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 304. Civ. cass. 6 nov. 1827 (D. A. *v° cit.*, n° 323). Civ. cass. 14 mai 1828 (D. A. *v° cit.*, n° 49). Civ. cass. 11 févr. 1835 (D. A. *v° cit.*, n° 121).

[8] Civ. cass. 16 mai 1821 (D. A. *v° cit.*, n° 56). Civ. rej. 12 mai 1852 (D. P. 52. 1. 146). Req. 30 avr. 1873 (D. P. 73. 1. 469). Comp. t. II, § **705**.

ment n'en fournit pas la preuve[1]. C'est une règle commune à tous les actes solennels, et les jugements n'y échappent pas plus que les actes de procédure[2]. Il s'agit seulement de savoir quelles mentions y sont requises à peine de nullité. Cela ne faisait pas question sous l'empire du droit intermédiaire, en présence du décret des 16-24 mars 1790 qui réglementait non-seulement l'organisation des tribunaux mais encore les formes de leurs jugements[3], et du décret du 4 germinal an II qui portait qu' « à l'avenir toute violation ou omission des « formes prescrites en matière civile par les décrets émanés « des représentants du peuple depuis 1789, quand même ils « ne prononceraient pas expressément la nullité, donnerait « ouverture à la cassation »[4]. Que dire aujourd'hui dans le silence de l'article 141, qui énumère les différentes parties de la minute sans s'expliquer sur les conséquences des lacunes qui peuvent s'y trouver? Trois opinions se sont produites. On a soutenu, d'abord, en vertu de l'adage « *Generalia non* « *derogant specialibus* », que l'article 2 du décret du 4 germinal an IV, disposition spéciale, n'a pas été abrogé par l'article 1041[5], et qu'en conséquence toutes les énonciations des jugements sont requises à peine de nullité[6]. On a invoqué, dans un sens diamétralement opposé, l'article 1030 qui défend d'appliquer, en matière de procédure, des nullités qui ne sont pas formellement prononcées par un texte de loi[7], et on a conclu de là que l'omission des motifs est la seule qui entraîne nullité en vertu de la loi du 20 avril 1810[8]. La première opinion applique mal une idée juste, la seconde a pour point

§ **1168**. [1] Civ. cass. 11 févr. 1835 (D. A. *v° cit.*, n° 121). Civ. cass. 17 mai 1852 (D. P. 52. 1. 177). Bourges, 13 août 1884 (D. P. 86. 2. 48). Voy. aussi, dans le même sens, les arrêts cités au § précédent, notes 4 à 8, desquels il résulte que rien ne peut réparer l'omission dans le jugement du nom des juges qui l'ont rendu.

[2] Voy., sur ce principe, t. II, § **608**.

[3] Tit. V, art. 15.

[4] Duvergier, *op. cit.*, t. VII, p. 137.

[5] Voy., sur cet article, t. II, § **539**; comp. une controverse analogue sur le point de savoir s'il a abrogé l'arrêté directorial du 10 thermidor an IV (T. I, § **217**).

[6] Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 594. Boncenne, *op. cit.*, t. II, p. 441 et suiv. Civ. cass. 11 févr. 1835 (D. A. v° *Jugement*, n° 121).

[7] Voy., sur cet article, t. II, §§ **498** et suiv.

[8] Art. 7. Voy., sur ce point, *suprà*, § **1114**; et, en faveur de cette opinion, Merlin, *Répertoire*, v° *Jugement*, § II, Toullier, *op. cit.*, t. X, n° 135, Thomine-Desmazures, *op. cit.*, t. I, p. 267.

de départ une idée fausse : 1° les lois générales n'abrogent que les textes qui ont eux-mêmes une portée générale, mais l'article 2 du décret du 4 germinal an II, sur la forme des jugements, est une loi générale qui rayonne, en quelque sorte, sur toute la procédure, et tombe, par conséquent, sous le coup de l'article 141; 2° l'article 1030 est étranger aux jugements, et s'applique uniquement aux nullités commises par les officiers ministériels dans les actes de procédure dont ils sont chargés[9]. La jurisprudence a depuis longtemps repoussé ces opinions extrêmes pour se rallier à une troisième solution, qui distingue entre les énonciations substantielles dont l'omission ou l'inexactitude évidente entraînent nécessairement la nullité du jugement, et les énonciations substantielles dont l'omission ou l'erreur n'a rien d'irritant[10]. Rien n'est plus raisonnable, car il serait aussi absurde de valider un jugement sans dispositif, qu'il serait excessif d'annuler, au détriment de la partie qui l'a obtenu, celui qui ne présente qu'une lacune ou une erreur sans conséquence[11].

§ **1169**. *a*. Les énonciations substantielles sont : 1° l'indication des parties, sans laquelle on ne peut savoir à qui le jugement s'applique, qui l'a obtenu, et qui doit l'exécuter[1]; 2° le nom de l'avoué choisi par le demandeur, et dont la constitution est une condition essentielle de la régularité de la procédure[2]; 3° le dispositif, sans lequel il n'y a pas de juge-

[9] Voy., sur ce point, t. II, §§ **502** et **504**.

[10] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 286 et suiv. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. II, n° 301. Bonnier, *op. cit.*, n° 332. Req. 9 déc. 1828 (D. A. *v° cit.*, n° 253). C. cass. de Belgique, 18 oct. 1831 (D. A. *v° cit.*, n° 262). Req. 19 févr. 1861 (D. P. 61. 1. 443). Aj. les arrêts cités au § suivant; et, sur les énonciations substantielles et non substantielles, t. II, § **501**.

[11] J'ai dit t. II, § **502**, qu'il faut appliquer la même distinction aux actes de procédure dont les formes ne sont pas expressément prescrites à peine de nullité.

§ **1169**. [1] On a vu au § **1164**, note 10, que les noms des parties ne sont mentionnés que sommairement dans la minute du jugement; mais cette mention sommaire y est exigée à peine de nullité (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 362; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Boncenne, *op. cit.*, t. II, p. 445; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*; Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 266; Bonnier, *op. cit.*, n° 337; civ. cass. 29 nov. 1869, D. P. 70. 1. 341).

[2] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 361. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. et loc. cit.* *Quid*, si c'est le nom de l'avoué du défendeur qui est omis? Voy. *infrà*, même §. La cour de cassation (chambre des requêtes) a jugé, le 4 mars 1823 (D. A. v° *Avoué*, n° 61)

ment[3]; 4° les noms des juges qui ont statué (membres ordinaires du tribunal, départiteurs, avocats ou avoués appelés pour le compléter[4]); ces indications sont nécessaires pour attester que le jugement a été rendu par de véritables magistrats, siégeant en nombre et régulièrement appelés[5]; 5° l'affirmation que ceux d'entre eux qui sont parents ou alliés jusqu'au degré d'oncle et de neveu ont été d'avis différents, si l'on n'a pu former une majorité qu'en leur attribuant à chacun une voix; cette mention est indispensable pour attester que le jugement a été valablement formé[6]; 6° la mention de

et le 4 janvier 1825 (D. A. v° *Jugement*, n° 283), que l'indication des avoués qui ont occupé dans l'affaire n'est pas requise dans le jugement à peine de nullité; mais les arrêtistes ne font pas connaître les circonstances du fait, et il est impossible de savoir quel nom avait été omis dans ces deux espèces, si c'était celui de l'avoué du demandeur ou celui de l'avoué du défendeur.

[3] Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boncenne, *op. cit.*, t. II, p. 446. Bonnier, *op. cit.*, n° 334. Je rappelle qu'on peut fixer les dommages-intérêts par état (Voy. *suprà*, § **1075**) : on ne dira donc pas qu'un jugement manque de dispositif, parce qu'il condamne une partie à des dommages-intérêts dont il ne fixe pas le montant.

[4] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 293 et 303. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 593 *ter*. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 265. Bonnier, *op. cit.*, n° 333. Agen, 30 mai 1808; civ. cass. 11 juin 1811 et 24 nov. 1824 (D. A. *v° cit.*, n° 267). Orléans, 16 juin 1858 (D. P. 58. 2. 187). Aj., sur la mention des avoués et avocats appelés à compléter le tribunal, t. I, § **265**, et le § précédent; sur la mention du partage et des personnes désignées comme départiteurs, *suprà*, § **1067**, et le § précédent. L'erreur sur le nom d'un juge, qui fait indiquer comme présent au jugement un magistrat qui n'y a pas assisté, entraîne aussi nullité (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 307). La mention que tel juge a pris part au jugement fait présumer, jusqu'à preuve contraire, qu'il a assisté à toutes les audiences de la cause (Civ. cass. 16 janv. 1894, D. P. 94. 1. 247, S. 95. 1. 97; req. 2 déc. 1895, D. P. 96. 1. 256, S. 96. 1. 239).

[5] Certaines tolérances sont généralement admises : 1° le président est suffisamment indiqué par sa qualité, lors même qu'elle ne serait pas accompagnée de son nom (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 305; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*); 2° sa signature peut même remplacer l'indication de son nom (Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 265; req. 27 févr. 1827 et 3 juin 1829, D. A. *v° cit.*, n° 272); 3° l'erreur sur le numéro de la chambre qui a rendu le jugement n'est pas une cause de nullité, si le jugement énonce exactement les noms des juges qui y ont pris part (Req. 10 déc. 1866; D. P. 67. 1. 440). La cour de cassation a même jugé, le 4 mai 1829, que, s'il a été rendu plusieurs jugements dans la même cause, il n'est pas indispensable de mentionner dans chacun d'eux le nom des juges qui y ont participé (D. A. *v° cit.*, n° 268) : cette décision est certainement erronée. Sans doute, il n'est pas prescrit à peine de nullité d'énoncer que les juges qui ont rendu le jugement définitif ont assisté à toutes les audiences de la cause (Voy. *suprà*, § **1164**, note 15), mais il faut pour cela qu'il n'ait pas été rendu de jugement à ces audiences, car les jugements d'avant faire droit qui y ont été rendus sont nuls, si chaque feuille d'audience ne contient pas la mention des juges qui y ont pris part, ou, tout au moins, une mention générale qui puisse s'appliquer à tous les jugements rendus à cette audience (Voy. *suprà*, *ib.*, note 9).

[6] Voy. *suprà*, §§ **1062** et **1164**.

la présence[7] et de l'audition du procureur de la République ou de son substitut[8], si, la cause étant communicable au ministère public, ses conclusions étaient nécessaires pour la validité du jugement[9]; 7° la mention de la présence du greffier dont le concours est nécessaire à la validité de toutes les opérations judiciaires[10].

[7] De même que ni registre de pointe, ni certificat de greffier, ni attestation personnelle des magistrats ne peuvent prévaloir contre les indications données par la feuille d'audience sur les noms des juges qui ont rendu le jugement (Voy. *suprà*, § **1167**), de même on ne peut prouver par des certificats que le ministère public a été représenté dans une cause qui devait lui être communiquée (Civ. cass. 29 frim. an XIII, Rennes, 16 juill. 1835; D. A. v° *Ministère public*, n° 124).

[8] Il ne suffit pas de mentionner sa présence : il faut dire qu'il a conclu (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 312; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*; Rodière, *op. et loc. cit.*; civ. cass. 29 fruct. an III, D. A. v° *Jugement*, n° 282; civ. cass. 13 flor. an X, D. A. v° *Ministère public*, n° 124; civ. cass. 16 juill. 1806, D. A. v° *Mariage*, n° 838; Riom, 24 août 1846, D. P. 47. 1. 309; civ. cass. 27 mai 1850, D. P. 50. 1. 157; Grenoble, 24 janv. 1865, D. P. 65. 2. 220). Ni son affirmation ni celle du président ne peuvent réparer le vice qui résulte du silence que la minute garderait sur ce point (Civ. cass. 29 fruct. an III et 16 vend. an XIII; D. A. v° *Jugement*, *loc. cit.*), et je crois que la cour de Grenoble a eu tort de juger, le 1er mars 1821 (D. A. v° *cit.*, n° 281), que cette omission de la minute pourrait être réparée à l'aide du plumitif, car on a vu au § **1167** que la minute doit se suffire à elle-même, et que les indications du plumitif ne peuvent servir à combler les lacunes qui s'y trouvent. Il est certain, d'autre part, que la mention que le ministère public a été entendu est largement suffisante; en conséquence : 1° la mention qu'il a conclu « par les motifs énoncés en ses conclusions « écrites » constate suffisamment qu'il a donné des conclusions verbales (Civ. cass. 14 nov. 1849, D. P. 50. 1. 26; voy., sur l'obligation où il est de conclure verbalement, t. II, § **688**); 2° la mention qu'il a déclaré « s'en rapporter » établit suffisamment qu'il a conclu (Civ. rej. 26 juill. 1854, D. P. 54. 1. 303; voy., sur ce point, t. II, *ib.*); 3° il n'est pas nécessaire de dire qu'il a assisté au prononcé du jugement (Req. 25 nov. 1840, D. A. *v° cit.*, n° 280; req. 9 mai 1843, D. A. *v° cit.*, n° 70); 4° il importe peu que le jugement définitif mentionne que le ministère public a été entendu un autre jour que celui auquel un jugement d'avant faire droit avait décidé qu'il donnerait ses conclusions (Req. 2 janv. 1824; D. A. v° *Descente sur lieux*, n° 55). Suffit-il d'indiquer sa qualité en ces termes : « Le ministère public entendu... le procureur de la République entendu... le « substitut du procureur de la République entendu... l'avocat de la République « entendu ? » Faut-il, au contraire, le désigner par son nom propre? Voy., dans le premier sens, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 312, Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*, Rodière, *op. et loc. cit.*, c. cass. de Belgique, 17 juin 1835 (D. A. v° *Jugement*, n° 281); dans le second sens, Nîmes, 1er août 1827 (D. A. *v° et loc. cit.*). En tout cas, l'omission de son nom propre à l'endroit où il est dit qu'il a été entendu n'entraîne pas nullité, si la note marginale qui se trouve en tête de la feuille d'audience le désigne nominativement comme ayant tenu l'audience (Montpellier, 20 mai 1829; D. A. *v° et loc. cit.*).

[9] Cette omission dans le texte du jugement entraînera, naturellement, la même sanction que l'absence même de conclusions du ministère public, à savoir une ouverture à requête civile (Req. 1er juill. 1812; D. A. *v° et loc. cit.*). *Quid*, si cette omission se rencontre dans un jugement rendu sur une cause qui n'était pas communicable au ministère public? Voy. *infrà*, même §.

[10] Voy., sur ce point, t. I, § **210**. Il a, d'ailleurs, été jugé que sa signature

§ **1170**. *b*. Ne sont ni substantielles ni requises à peine de nullité l'indication de l'avoué du défendeur, celle du nom du greffier d'audience, et la mention que le ministère public a conclu ou seulement assisté au jugement d'une cause qui n'était pas communicable : s'il n'est pas dit que le défendeur ait constitué avoué, on en tirera seulement cette conséquence que le jugement a été rendu par défaut faute de conclure[1]; si la minute ne contient pas le nom du greffier d'audience, la signature le fera suffisamment connaître[2]; s'il n'est pas dit que le ministère public ait été représenté à l'audience, cette omission sera sans importance, ses conclusions et sa présence même étant superflues dans les affaires qu'on n'est pas tenu de lui communiquer[3].

§ **1171**. C. Il en est à peu près de même des formalités relatives à la signature du jugement : il y en a d'essentielles et dont l'absence entraîne nullité; il y en a d'autres qui ne sont que des mesures d'ordre, et dont l'omission appelle seulement la surveillance et les observations du procureur de la République[1]. Telle est, d'abord, la signature du greffier dont l'omission ne peut être irritante, puisqu'au cas où il serait dans l'impossibilité de signer il suffit, pour la validité de la procédure, que le président en fasse mention en signant lui-même[2]. Quant à lui, sa signature est indispensable, et le

fait présumer sa présence au jugement, et permet de ne pas annuler ce dernier quand même il ne ferait pas mention de cette circonstance (Crim. rej. 21 nov. D. A. 1879; v° *Jugement*, supp., n° 342).

§ **1170**. [1] Rodière, *op. et loc. cit. Contrà*, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 368; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.;* Bonnier, *op. cit.*, n° 337.

[2] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 314. Bonnier, *op. cit.*, n° 333.

[3] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 312 et 313. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 593 *ter*. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. et loc. cit.* Req. 25 juin 1833 (D. A. *v° cit.*, n° 84). Req. 8 nov. 1871 (D. P. 71. 1. 253). Req. 18 nov. 1879 (D. P. 80. 1. 389). *Contrà*, Poitiers, 16 déc. 1847 (D. P. 48. 2. 108) et 7 janv. 1856 (D. P. 56. 2. 84).

§ **1171**. [1] Je rappelle l'article 140 : « Les procureurs de la République se fe-« ront représenter tous les mois les minutes des jugements, et vérifieront s'il a « été satisfait aux dispositions ci-dessus ; en cas de contravention, ils en dres-« seront procès-verbal pour être procédé ainsi qu'il appartiendra » (Comp., sur ce point, *suprà*, § **1165**).

[2] D. 30 mars 1808, art. 37. Paris, 26 avr. 1830 (D. A. v° *Adoption*, n° 159). Lyon, 16 juill. 1834 (D. A. v° *Jugement*, n° 224). Voy., sur l'article 37 du décret du 3 mars 1808, *suprà*, § **1165**, note 2.

jugement qui ne la porterait pas serait dépourvu de valeur légale, à ce point qu'il serait réputé inexistant, et qu'on n'aurait pas besoin de se pourvoir contre lui en cassation[3]. Toutefois, il faut pour cela deux conditions : 1° que l'existence du jugement soit contestée, car il ne s'agit pas ici d'une loi d'ordre public, et les parties couvriraient le vice du jugement en reconnaissant qu'il existe, et en renonçant, par suite, à en contester l'authenticité[4]; 2° que la cour d'appel n'ait pas permis que le jugement fût signé par un magistrat autre que le président ou le plus ancien juge, car il est toujours temps de demander cette autorisation, et, tant qu'elle n'a pas été refusée, un moyen reste à la partie gagnante de s'assurer le bénéfice du jugement en en couvrant l'irrégularité[5]. Reste l'hypothèse où le jugement est signé par un juge qui n'y a pas assisté, ou encore, sans autorisation de la cour d'appel, par un magistrat qui n'était ni le président ni le plus ancien juge. C'est un cas de nullité[6], mais cette nullité n'est point absolue, car l'irrégularité sera couverte si les parties demandent et si la cour d'appel ordonne que cette signature soit rayée sur la minute, et remplacée par celle d'un juge qui ait pris part au jugement[7].

[3] Merlin, *op. cit.*, v° *Signature*, § II. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 589. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 261. Besançon, 11 août 1869 (D. P. 70. 2. 205). Req. 5 avr. 1875 (D. P. 75. 1. 295). Ce dernier arrêt en tire cette conséquence qu'un jugement non signé ne doit jamais être l'objet d'un pourvoi en cassation : ou la cour d'appel autorise à signer le jugement un magistrat qui n'est ni le président ni le plus ancien juge, ou elle ne l'autorise pas ; dans le premier cas le jugement est valable, dans le second il est inexistant. Il a été jugé anciennement que l'existence des jugements non signés peut être établie par d'autres moyens de preuve et, notamment, par les circonstances du fait (Paris, 31 juill. 1828, Bordeaux, 6 mai 1841 ; D. A. *v° et loc. cit.*); mais il s'agissait, dans l'espèce, de jugements rendus avant la promulgation du Code de procédure, c'est-à-dire à une époque où les jugements étaient souvent écrits sur une feuille volante : il n'en serait pas de même aujourd'hui, et un jugement signé devrait être considéré comme non avenu (Voy. cep. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 316). Les mentions marginales des noms des juges, du représentant du ministère public, et du greffier ne font également foi que lorsqu'elles sont signées (Civ. cass. 24 août 1825; D. A. *v° cit.*, n° 216).

[4] Req. 9 avr. 1834 (D. A. v° *Requête civile*, n° 64).

[5] L'article 38 du décret du 30 mars 1808 n'indique pas de délai fixe dans lequel on doive, à peine de déchéance, demander à la cour d'appel l'autorisation dont il s'agit (Lyon, 27 juill. 1834 ; D. A. v° *Jugement*, *loc. cit.*) ; mais plus on s'éloigne du jour où le jugement a été rendu, plus l'authenticité en devient douteuse, et plus la cour fera difficulté de donner l'autorisation qu'on lui demande.

[6] Besançon, 4 août 1869 (D. P. 70. 2. 205).

[7] Limoges, 5 mars 1840 (D. A. *v° cit.*, n° 222). Besançon, 6 févr. 1867 (D. P. 67. 2. 16).

§ **1172**. De quelque tribunal qu'émane le jugement, il faut se hâter de le rédiger pour empêcher qu'on le modifie, d'en dresser minute pour éviter qu'il se perde, et de le signer pour lui donner l'authenticité; les règles qui précèdent s'appliquent donc, dans leur ensemble, aux jugements rendus par les tribunaux d'exception[1]. Aussi l'article 433 et la circulaire ministérielle du 31 octobre 1809 prescrivent-ils d'observer, autant que possible, en matière commerciale, les dispositions de l'article 141 du Code de procédure et des articles 36 à 38 du décret du 30 mars 1808 sur la rédaction et la signature du jugement[2]. Je dis *autant que possible*, car il va de soi que les jugements d'un tribunal, auprès duquel il n'y a pas de ministère public[3], ne mentionnent pas les conclusions du procureur de la République[4], et que le nom des avoués qui n'y existent pas non plus est remplacé, aux termes de l'ordonnance du 10 mars 1825, par la mention expresse que les représentants des parties ont reçu d'elles un pouvoir spécial ou se sont trouvés autorisés par leur présence[5]. L'article 18 dispose de même, quant aux juges de paix, que « les minutes de tout jugement « seront portées par le greffier sur la feuille d'audience, et

§ **1172**. [1] La cour de cassation a cependant jugé que l'article 141 ne s'applique pas en matière disciplinaire, et que l'absence de la mention relative aux conclusions du ministère public ne vicie pas le jugement, s'il est constaté par ailleurs qu'elles ont été déposées (Req. 7 juin 1847; D. P. 47. 1. 235).

[2] Voy., sur le plumitif dans les tribunaux de commerce, civ. rej. 4 nov. 1885 (D. P. 86. 1. 295), et sur la signature des jugements de ces tribunaux, Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 589 et 592. Aj. l'article 6 de l'ordonnance du 5 novembre 1823, qui charge leurs présidents de vérifier les minutes et de transmettre dans les cinq jours au procureur général le résultat de leur vérification.

[3] Voy., sur ce point, t. I, § **44**.

[4] *Quid* dans les tribunaux de première instance jugeant commercialement? Voy. t. I, § **206**.

[5] O. 10 mars 1825, art. 1. Aj. art. 2 : « Les magistrats chargés de procéder « à la vérification ordonnée par l'article 6 de l'ordonnance du 5 novembre 1823 « (Voy. *suprà*, note 2), s'assureront si la formalité prescrite par l'article précé- « dent est observée dans tous les jugements rendus entre des parties qui ont « été défendues, ou dont l'une a été défendue par un tiers : ils consigneront « dans leur procès-verbal le résultat de leur examen à cet égard » ; art. 3 : « En « cas de contravention à l'article 1er de la présente ordonnance, il en sera rendu « compte à notre garde des sceaux, pour être pris à l'égard du greffier telles « mesures qu'il appartiendra » (Voy., sur cette ordonnance, t. I, § **284**, et *suprà*, § **1023**). Le procès-verbal d'un arbitre-rapporteur, bien que visé dans ce jugement, n'en fait point partie intégrante, et peut n'y être pas relaté *in extenso* (Civ. rej. 18 janv. 1870; D. P. 70. 1. 111).

« signées par le juge qui aura tenu l'audience et par le greffier »[6], et l'on s'accorde à dire, faute d'indication contraire dans le texte de la loi, qu'elles doivent contenir, à peine de nullité, toutes les énonciations prescrites par l'article 141[7], sauf l'indication des avoués dont le ministère n'est pas admis devant cette juridiction[8], et des conclusions du ministère public qui n'y existe pas en matière civile[9]. Le décret du 11 juin 1809, sur les conseils de prud'hommes, est muet sur la rédaction de leurs jugements, d'où l'on peut conclure qu'il se réfère, en principe, au droit commun; mais il dispose qu'à la différence des jugements des tribunaux de première instance et de commerce qui sont signés seulement par le président et par le greffier, « les minutes de tout jugement « seront portées par le secrétaire sur la feuille d'audience, « signées par les prud'hommes qui auront été présents, et « contre-signées par lui »[10]. Il résulte aussi de l'article 46 du même décret que ce secrétaire est dépositaire des minutes des jugements rendus par le conseil[11].

§ **1173**. II. Les jugements ne sont pas faits pour rester secrets. Les greffiers qui en ont la garde doivent en communiquer le texte, contre paiement des droits de greffe[1] : 1° au

[6] Voy., sur cet article, *Vente, Justice de paix, feuille d'audience non signée, moyen d'y remédier* (dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. XII, 1853, p. 595 et suiv.; civ. cass. 21 avr. 1898 (D. P. 98. 1. 263). Le juge de paix doit vérifier tous les mois les minutes rédigées par le greffier, et en rendre compte au procureur de la République (O. 5 nov. 1823, art. 3).

[7] Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 481. Voy., sur la mention de la publicité de l'audience en justice de paix, civ. rej. 12 nov. 1834 (D. A. *v° cit.*, n° 200). La prorogation volontaire de la compétence du juge de paix par les parties (Voy. t. I, § **403**) ne le dispense pas d'observer ces formalités (Paris, 19 août 1841; D. A. *v° cit.*, n° 290).

[8] Voy. t. I, § **216**.

[9] Voy. t. I, § **44**.

[10] Voy., sur la difficulté d'exécuter à la lettre cette disposition, Mollot, *op. cit.*, n° 345.

[11] Voy., sur ce secrétaire et sur ses fonctions, t. I, § **214**.

§ **1173**. [1] « Les greffiers et dépositaires des registres publics en délivreront, « sans ordonnance de justice, expédition, copie ou extrait à tous requérants, à « la charge de leurs droits, à peine de dépens, dommages et intérêts » (Art. 853; voy., sur cette obligation des greffiers, Carré, *op. cit.*, t. VI, quest. 2692, Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. II, n° 1103, Besançon, 16 mars 1882, D. P. 82. 2. 235; et, sur la procédure à suivre pour obtenir l'expédition du jugement dans le cas où elle serait refusée, le tome VII). Je rappelle, toutefois, que l'article 245 défend de délivrer, sans autorisation spéciale, copie de pièces prétendues fausses et, par conséquent, d'un jugement contre lequel une

gagnant, qui veut signifier un jugement pour pouvoir procéder à l'exécution, ou pour faire courir le délai de l'appel, de la requête civile ou du pourvoi en cassation[2]; 2° au perdant, qui veut étudier ce jugement ou le faire étudier par ses conseils pour savoir s'il doit l'attaquer ou l'exécuter[3]; 3° à toute personne intéressée, ou qui croit l'être, à se procurer le texte d'un jugement auquel elle n'a pas été partie[4]. Toutefois, les minutes étant déposées au greffe d'où elles ne doivent généralement pas sortir[5], le greffier n'en peut donner qu'une copie ou expédition[6] : on dit alors de la partie requérante qu'elle

inscription de faux serait formée (Voy., sur ce point, t. II, § **811**, note 7). Aj., sur l'enregistrement des jugements et sur le paiement des droits fiscaux à percevoir de ce chef, *infrà*, § **1195**.

[2] Voy., sur la signification des jugements, *infrà*, §§ **1189** et suiv.

[3] Quelquefois même les deux parties se signifient respectivement les jugements qui sont intervenus entre elles (Voy. *infrà*, § **1191**).

[4] Il en est autrement : 1° des actes notariés dont les tiers ne peuvent obtenir communication sans l'autorisation du président du tribunal de première instance, à peine de dommages-intérêts et d'amende contre le notaire contrevenant, et même de suspension en cas de récidive (L. 25 vent. an XI, art. 23; voy., sur ce point, le tome VII; 2° des procédures criminelles non suivies de condamnation, dont il n'est pas permis de prendre copie (Civ. cass. 17 juin 1834; D. A. v° *Compulsoire*, n° 10). Les jugements disciplinaires font aussi exception à la règle, et les tiers ne peuvent en obtenir communication que si le tribunal les y autorise (Aix, 11 janv. 1825; D. A. v° *Greffe*, n° 69). La publicité donnée à un jugement par la partie qui l'a obtenu peut quelquefois constituer le délit de diffamation (Bordeaux, 11 nov. 1890; D. P. 91. 2. 6; S. 91. 2. 224).

[5] « Le greffe est un dépôt sacré dont les minutes ne doivent jamais sortir que « dans le cas où il serait indispensablement nécessaire de les exhiber, soit pour « en faire la vérification si elles étaient arguées de faux, soit pour les confronter « avec des expéditions qui en auraient été délivrées ou qui seraient pareillement « arguées de faux. En un mot, ce n'est que dans des circonstances semblables « que les tribunaux sont autorisés à ordonner l'apport des minutes; au contraire, « lorsqu'il ne s'agit pas de prononcer d'après des contestations relatives à ce « que contiennent ces pièces, la partie intéressée doit être assujettie à en pro- « duire des expéditions en forme, et il n'est pas permis d'y substituer des mi- « nutes pour être lues à l'audience ou communiquées aux défenseurs officieux » (Circ. minist. 17 therm. an VII; D. A. *v° cit.*, n° 54). « Je n'ignore pas que, par « condescendance pour quelques magistrats, les greffiers souffrent que les mi- « nutes des jugements et autres actes judiciaires sortent du greffe, et soient « colportées dans la ville et envoyées même quelquefois à la campagne pour « les faire revêtir de signatures indispensables. Ces déplacements de minutes « sont un abus qu'on ne peut tolérer, et qui prête, d'ailleurs, à de grands dan- « gers. C'est au greffe même ou dans les chambres du conseil que les magistrats « doivent faire leur vérification, et apposer leurs signatures sur les actes aux- « quels ils ont concouru » (Circ. minist. 23 déc. 1822; D. A. *v° et loc. cit.*). Comp. les précautions à prendre pour apporter au greffe d'un autre tribunal les minutes invoquées comme pièces de comparaison dans un procès d'inscription de faux ou de vérification d'écriture (T. II, §§ **800** et **810**).

[6] On appelle copie signifiée celle qui l'a été suivant les formes indiquées *infrà*, §§ **1190** et **1191**.

lève le jugement, et du greffier qu'il l'expédie[7], mais il faut, au préalable, ajouter à la minute une série d'énonciations connues sous le nom de qualités, et observer, le cas échéant, la procédure « en règlement de qualités » dont il sera parlé au § **1179**. Ces principes ne souffrent que deux exceptions.

1° Il y a des jugements que la loi défend d'expédier par raison d'économie; le greffier peut en donner copie et exiger la rétribution qui lui est allouée pour ce travail, mais on n'en rédige pas et, par suite, on n'en règle pas les qualités : tels sont ceux qui donnent acte à un avoué de ce qu'il s'est constitué à l'audience, les jugements de renvoi, et ceux qui mettent la cause en délibéré. Ils s'exécutent séance tenante et sans signification préalable[8] — ils sont purement préparatoires, et ne peuvent, par suite, être frappés d'appel qu'avec le jugement définitif[9] — on n'y peut distinguer ni gagnant ni perdant, et, par conséquent, les frais de la rédaction ou du règlement de qualités ne pourraient que se partager entre les deux plaideurs, et retomber en partie à la charge de celui qui a gagné son procès au fond[10] : autant de raisons qui justifient la mesure exceptionnelle dont ces jugements sont l'objet. Les articles 76 et 91 la prescrivent formellement pour ceux qui donnent acte d'une constitution d'avoué faite à l'audience, ou qui mettent l'affaire en délibéré[11]; elle n'est pas contestée en ce qui concerne les jugements de remise[12].

[7] *Lever un jugement* signifie proprement en demander une expédition (Bioche, *op. cit.*, v° *Lever un jugement*). Voy., sur ce droit du gagnant dans le cas même où le défendeur acquiesce au jugement, Nancy, 30 janv. 1892 (D. P. 92. 2. 538).

[8] Voy. *infrà*, § **1190**.

[9] Voy. *suprà*, § **1044**, et le tome VI.

[10] Voy. *suprà*, §§ **1104** et suiv.

[11] Voy. t. II, §§ **672** et **689**.

[12] Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 262. Peut-on, dans le même intérêt d'économie, arrêter l'expédition d'un jugement en offrant, par acte signifié, l'exécution immédiate et intégrale de toutes les condamnations par lui prononcées, ce qui entraîne acquiescement et, par conséquent, renonciation au droit d'appeler ou de se pourvoir en cassation? S'il en est ainsi, la partie gagnante qui persiste à lever le jugement le fera à ses propres frais. La question est controversée, mais l'affirmative doit être admise, pourvu qu'il soit établi — ce point est laissé à l'appréciation des juges — que la partie gagnante n'a aucun intérêt à lever le jugement dont l'exécution lui est offerte. Or cet intérêt peut exister dans trois cas : 1° si le jugement constate, à son profit, l'existence d'un droit de propriété, lequel produit des effets indépendants de l'exécution du jugement; 2° si la partie gagnante a intérêt à se procurer le texte du jugement, de manière à pouvoir le produire dans une contestation ultérieure; 3° si

2° La jurisprudence autorise, dans les cas d'extrême urgence, le tribunal à ordonner que son jugement s'exécutera sur la minute, c'est-à-dire que le greffier remettra à la partie, signée de lui et du président, la minute du jugement qu'elle vient d'obtenir[13]. Cette jurisprudence a été justement critiquée, car le droit qu'elle reconnaît aux tribunaux de première instance, la loi ne l'accorde qu'au juge de paix et au juge du référé[14]. Dire, comme on l'a fait, qu'un tribunal de première instance ne saurait avoir moins de pouvoirs que son président statuant seul en référé ou qu'un juge de paix, c'est commettre une erreur certaine, car les juges de paix et les magistrats qui tiennent l'audience de référé ne doivent leurs pouvoirs extraordinaires qu'à l'extrême urgence de la plupart de leurs jugements : dira-t-on, parce qu'ils ont le droit de juger chez eux portes ouvertes[15], que les tribunaux de première instance pourraient, eux aussi, tenir audience dans le cabinet de leur président[16]?

§ **1174**. L'expédition du jugement contient nécessairement[1], mais dans un ordre quelconque[2] : 1° la reproduction

la partie perdante n'a pas le droit d'acquiescer valablement, ou si la demande n'est pas susceptible d'acquiescement, auxquels cas l'appel ou le pourvoi en cassation peuvent encore être formés, et la partie gagnante a intérêt à lever le jugement pour pouvoir le signifier ensuite et faire ainsi courir les délais de l'appel et du pourvoi en cassation. Au contraire, s'il était démontré qu'elle n'a aucun intérêt à faire expédier le jugement, elle devrait porter la peine de son obstination à faire des frais frustratoires, et ces frais devraient être mis à sa charge (Bioche, *op. cit.*, v° *Offres réelles*, n° 64, Rodière, *op. et loc. cit.*, Orléans, 1er juin 1850, D. P. 50. 5. 5, Riom, 10 août 1853 et 15 févr. 1854, D. P. 55. 2. 46, trib. de Mont-de-Marsan, 9 déc. 1864, D. P. 65. 3. 79, civ. rej. 5 avr. 1870, D. P. 71. 1. 321; *contrà*, Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 2785 *ter*, Paris, 18 janv. 1847, D. P. 47. 4. 279, Paris, 3 févr. 1854, D. P. 54. 2. 63, Paris, 25 juin 1859, D. P. 60. 5. 211).

[13] Paris, 28 juin 1872 (D. P. 73. 2. 55). Voy., dans le même sens, Bioche, *op. cit.*, v° *Jugement*, n° 224.

[14] Voy., pour le juge de paix, *infrà*, § **1193**; et, pour le juge du référé, le tome VIII.

[15] Voy., pour le juge de paix, t. I, § **36**; et, pour le juge du référé, le tome VIII.

[16] Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 588 *ter*. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 311. Bruxelles, 28 nov. 1838 (D. A. v° *Jugement*, n° 483) et 27 mars 1839 (D. A. v° *cit.*, n° 477).

§ **1174**. [1] A peine de nullité (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 449). Une légère différence entre la minute et l'expédition n'entraînerait cependant pas cette conséquence (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 439).

[2] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 175. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 267. Req. 29 nov.

de la minute[3] — il n'est nécessaire ni qu'elle soit signée de nouveau par le président[4], ni qu'elle reproduise les signatures apposées sur la minute[5], ni même qu'elle énonce que celle-ci a été signée[6]; — 2° la date du jugement, extraite de l'en-tête de la feuille d'audience du jour où il a été rendu[7]; 3° la mention qu'il a été prononcé publiquement[8]; 4° les qualités[9].

§ **1175**. Ces dernières, dont le Code de procédure fait une partie intégrante et essentielle du jugement, bien qu'elles ne soient pas l'œuvre d'un juge[1], consistent dans l'ensemble des indications nécessaires pour faire connaître exactement la cause sur laquelle le jugement est intervenu. Cette partie du jugement tend à deux fins : 1° éviter que le jugement rendu sur une contestation soit appliqué par erreur à une autre pendante devant le même tribunal entre les mêmes parties

1831 (D. A. *v° cit.*, n° 212). Req. 6 déc. 1836 (D. A. *v° cit.*, n° 957). Req. 22 nov. 1869 (D. P. 70. 1. 206). Req. 19 juill. 1876 (D. P. 77. 5. 269). Comp. *suprà*, § **1164**, note 8.

[3] Voy., sur la rédaction de la minute, *suprà*, § **1164**; et, sur le cas où l'expédition n'y serait pas conforme, *infrà*, § **1182**.

[4] Req. 10 mars 1873 (D. P. 75. 1. 109).

[5] Req. 24 mai 1821 (D. A. *v° cit.*, n° 226). Req. 17 juin 1856 (D. P. 56. 1. 301). *Contrà*, Besançon, 25 juill. 1814 (D. A. v° *Obligations*, n° 4295).

[6] Civ. cass. 16 août 1836 (D. A. v° *Jugement*, n° 224).

[7] Le défaut de date dans l'expédition n'entraîne pas nullité, si le jugement est porté sur la feuille d'audience avec indication du jour où il a été rendu (Req. 17 nov. 1890; S. 94. 1. 444); et le jugement qui porte deux dates différentes n'est pas nul, si l'une d'elles s'applique à l'audience où le juge-rapporteur et le procureur de la République ont été entendus, et l'autre à celle où le jugement a été rendu (Req. 23 juill. 1895, D. P. 96. 1. 450, S. 97. 1. 51; voy., sur la feuille d'audience, *suprà*, § **1164**).

[8] Cette mention qui n'était pas nécessaire dans la minute, attendu que l'indication du jour d'audience implique suffisamment que le jugement a été rendu à cette audience (Voy. *suprà*, § **1164**, note 15), devient nécessaire dans l'expédition (Voy. *infrà*, § **1183**).

[9] Excepté : 1° dans le cas de l'article 712, aux termes duquel le jugement d'adjudication sur saisie immobilière n'est « autre que la copie du cahier des charges », et ne contient, par conséquent, pas de qualités (Pau, 19 mai 1884; D. P. 85. 2. 114, voy., sur cet article, le tome IV); 2° en matière disciplinaire, où il suffit que le jugement contienne tout ce que la cour de cassation a besoin de connaître pour exercer son contrôle (Req. 18 juin 1890; D. P. 92. 1. 67; S. 90. 1. 464). Voy., sur les qualités, outre les autorités citées aux §§ suivants, Bimbenet, *Examen critique de l'article 142 du Code de procédure* (dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. XXIX, 1866, p. 225 et suiv.); Féraud-Giraud, *Les qualités des jugements* (dans la *France judiciaire*, t. VI, 1892, Ie part., p. 381 et suiv.).

§ **1175**. [1] Voy., sur la rédaction de cette partie du jugement, le § suivant.

ou avec d'autres; 2° montrer que le jugement s'adapte exactement au litige sur lequel il est intervenu, qu'il résout toutes les questions posées au tribunal, et qu'il n'accorde rien qui n'ait été demandé. Les qualités comprennent[2] : 1° l'indication des parties, du rôle qu'elles jouaient dans le procès, et de leurs avoués; 2° l'exposé des points de fait et de droit; 3° les conclusions prises devant le tribunal[3]. Ainsi les définit l'article 142, et, si l'article 144 en donne une idée un peu différente en parlant de l'opposition « soit aux qualités soit à « l'exposé des points de fait et de droit », c'est qu'il prend le mot *qualités* dans un sens plus étroit, et l'applique seulement à l'indication des parties et de leurs avoués et aux conclusions qu'elles ont posées[4]. On sait, d'ailleurs, qu'en pratique *conclusions* et *qualités* sont synonymes, et qu'on dit indifféremment *prendre les conclusions* ou *poser les qualités*[5].

§ **1176**. Les qualités devraient, semble-t-il, être l'œuvre du tribunal au même titre que le dispositif et les motifs du jugement; elles devraient être rédigées par lui ou, sous sa responsabilité, par le greffier[1]. Tout au contraire, la rédac-

[2] A peine de nullité (Civ. cass. 24 déc. 1895; D. P. 96. 1. 181; S. 96. 1. 176), sauf les tempéraments indiqués *infrà* § **1183**.

[3] L'article 87 du tarif (D. 16 févr. 1807) reproduit l'article 142 en ajoutant : « Sans que les motifs des conclusions puissent y être insérés (dans les qualités), « ni qu'on puisse rappeler dans les points de fait et de droit les moyens « des parties ». Ces énonciations seraient frustratoires (Req. 24 juill. 1840; D. A. *v° cit.*, n° 241), et le tribunal, qui prescrirait qu'à l'avenir les qualités des jugements par lui rendus seront ainsi rédigées, statuerait par voie de disposition réglementaire, et commettrait, par suite, un abus de pouvoir (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 37; voy., sur la prohibition des arrêts de règlement, t. I, § **10**). Chauveau fait cependant, sur ce point, une observation très juste : c'est qu'on a le droit d'insérer dans les qualités, et qu'il est prudent d'y faire entrer toutes les énonciations nécessaires pour démontrer les vices du jugement et en obtenir, au besoin, la cassation (Sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 597 *quater*). Comment le succès du pourvoi en cassation peut-il dépendre de la rédaction des qualités? Voy., à cet égard, *infrà*, même §.

[4] Carré, *op. cit.*, t. I, n° CV.

[5] Voy., t. II, § **681**.

§ **1176**. [1] Il en était ainsi dans l'ancienne jurisprudence : les qualités étaient rédigées par le rapporteur dans les affaires appointées à être instruites par écrit (Voy., sur ces affaires, *suprà*, § **979**), et, dans les autres, par le greffier (O. avr. 1667, tit. I, art. 45, tit. XXVI, art. 5; Jousse, *op. cit.*, t. I, p. 144 et 145, t. II, p. 457 et 458; Rodier, *op. cit.*, p. 139 et 142). Dans le droit intermédiaire il n'y avait rien de fixe sur ce point : certains tribunaux suivaient l'an-

tion des qualités est l'affaire des avoués ou plutôt de l'un d'eux, et il faut qu'elle donne lieu à contestation pour que les juges y interviennent. Il y en a deux raisons : 1° on a pensé que c'était plutôt aux parties ou à leurs représentants qu'au tribunal à décliner leurs noms, à préciser le rôle qu'elles ont joué dans le procès, et à faire connaître leurs prétentions; 2° on a craint que le greffier chargé de rédiger cette partie du jugement ne trouvât plus simple de s'adresser à l'avoué qui a gagné le procès, et de s'approprier les qualités que celui-ci lui remettrait toutes préparées, en sorte que, rédigées sous la responsabilité du tribunal, elles seraient, en réalité, l'œuvre d'un seul des avoués non contrôlée par l'autre. C'est à l'avoué qui veut lever le jugement qu'il appartient d'en rédiger les qualités, et de percevoir la rétribution affectée à ce travail[2]. Celui qui veut lever le jugement, c'est généralement celui qui l'a obtenu et qui veut en poursuivre l'exécution; mais, s'il tarde à le faire, l'autre peut l'en sommer, et, trois jours après, rédiger lui-même les qualités et lever le jugement[3]. Si quelque difficulté s'élève entre eux, si chacun d'eux prétend, par exemple, que sa partie ait gagné le procès, c'est la chambre des avoués qui prononce sur ce différend[4]. Cette première difficulté résolue, la procédure rela-

cien usage; d'autres faisaient rédiger les qualités par les défenseurs officieux (Carré, *op. cit.*, n° CIII; voy., sur ces défenseurs, t. I, § **260**). Le mode actuel de rédaction des qualités est imposé par la loi : serait nul le jugement dont les qualités auraient été rédigées par les magistrats qui l'ont rendu ou par le greffier (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 345).

[2] Voy., sur cette rétribution, 1er D. 16 févr. 1807, art. 87.

[3] 2e D. 16 févr. 1807, art. 7 et 8. Voy. sur ce droit de l'avoué de la partie gagnante, Lyon, 25 janv. 1895 (D. P. 96. 2. 332). *Quid*, s'il ne répond pas dans les trois jours à la sommation qui lui est faite? Sans doute, la partie perdante peut alors rédiger les qualités, mais est-ce à dire que l'autre ait perdu le droit de priorité que lui accorde l'article 142? On ne l'admet généralement pas; on décide, au contraire, que les avoués des deux parties peuvent, chacun de son côté, rédiger les qualités (Favard de Langlade, *op. cit.*, v° *Jugement*, sect. I, § IV, n° 5, Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 598, Liège, 10 août 1843, D. A. *v° cit.*, n° 234, req. 26 avr. 1880, D. P. 80. 1. 425; *contrà*, Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 298), mais alors une autre question se présente. Qui choisira entre les qualités rédigées par ces deux avoués? La préférence sera-t-elle pour celui qui les aura signifiées le premier, et, s'ils les ont signifiées le même jour, pour celui qui a obtenu le jugement. Voy., en ce sens, l'arrêt précité de la cour de Liège. Le président sera-t-il appelé à choisir? Voy., dans le sens de cette opinion qui paraît plus plausible, Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*, et l'arrêt précité de la cour de cassation.

[4] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 357. Carré, *op. et loc. cit.* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. cit.*, t. I, n° 263. Dans les sièges où les

tive aux qualités se compose ou peut se composer[5] de trois actes : 1° la signification ; 2° l'opposition ; 3° le règlement[6].

§ **1177**. A. L'avoué auquel appartient la rédaction des qualités en dresse le texte, et le signifie à son confrère. S'il y a plusieurs parties adverses représentées par un seul avoué, les qualités ne lui sont signifiées qu'une seule fois ; si chacune d'elles est représentée par un avoué, chaque avoué doit recevoir une signification distincte[1]. Si l'avoué auquel elle devrait être faite a cessé d'occuper et n'a pas été remplacé, les qualités sont déposées au greffe[2]. Ce cas excepté, la signification se fait dans la forme ordinaire des actes d'avoué à avoué[3], et par le ministère d'un huissier audiencier[4]. Il en est dressé, comme toujours, un original et une copie, la copie

avoués sont trop peu nombreux pour former une chambre, le président en remplit l'office (Carré, *op. et loc. cit.;* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.;* Rodière, *op. et loc. cit.*). Si les parties ont respectivement gagné et perdu sur certains chefs, la priorité est déterminée par l'importance respective de ces chefs (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 355) ; à égalité absolue, on doit préférer le plus diligent des avoués contendants (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 358).

[5] *Peut se composer*, car on va voir : 1° que la signification peut n'être pas suivie d'opposition, et qu'alors il n'y a pas lieu de régler les qualités ; 2° que l'opposition peut être suivie d'un règlement amiable sans autre forme de procéder.

[6] Cette procédure est applicable dans tous les tribunaux soumis à la loi française, et notamment en Tunisie (Civ. cass. 15 mai 1895 ; D. P. 95. 1. 422 ; S. 95. 1. 328) ; mais la cour de Bruxelles a jugé qu'on peut se dispenser de l'observer dans le cas où, tous les avoués de la cause étant décédés et aucun des magistrats qui ont siégé au jugement ne faisant plus partie du tribunal, l'observation littérale des règles posées aux §§ suivants n'est plus possible. Dans ce cas, a dit la cour, un nouvel avoué de première instance est constitué par la partie perdante qui se propose d'interjeter appel ; il rédige les qualités d'après le dossier de l'avoué qui a occupé pour cette partie ; il les remet au greffier, et celui-ci expédie le jugement sans les signifier, sauf à l'adversaire à les discuter sur l'appel devant la cour (20 juin 1893 ; D. P. 94. 2. 243).

§ **1177**. [1] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 389.

[2] On applique ici, par analogie, les règles du défaut (Voy. le tome VI), et ce procédé simple et économique est celui qu'emploient les avoués de Paris (Voy., dans le même sens, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 415 ; Bonnier, *op. cit.*, n° 432 ; Bordeaux, 16 mars 1870, D. P. 71. 2. 77 ; civ. cass. 25 janv. 1893, D. P. 93. 1. 83, S. 93. 1. 80). Deux autres expédients ont été proposés : 1° signifier les qualités à partie (Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 597 *bis ;* Rennes, 6 août 1853, D. P. 54. 5. 457) ; 2° assigner l'adversaire en constitution de nouvel avoué, et attendre, pour lui signifier les qualités, qu'il ait obtempéré à cette assignation (Boncenne, *op. cit.*, t. II. p. 430 ; Besançon, 9 avr. 1873, D. P. 73. 2. 85).

[3] Civ. cass. 20 janv. 1897 (D. P. 97. 1. 128 ; S. 97. 1. 513). Et, notamment, sans *parlant à* (Req. 20 juill. 1864, D. P. 64. 1. 415 ; voy., sur la forme des actes d'avoué à avoué, t. II, § **612**).

[4] Voy. t. I, § **225**.

jugement qui ne la porterait pas serait dépourvu de valeur légale, à ce point qu'il serait réputé inexistant, et qu'on n'aurait pas besoin de se pourvoir contre lui en cassation[3]. Toutefois, il faut pour cela deux conditions : 1° que l'existence du jugement soit contestée, car il ne s'agit pas ici d'une loi d'ordre public, et les parties couvriraient le vice du jugement en reconnaissant qu'il existe, et en renonçant, par suite, à en contester l'authenticité[4]; 2° que la cour d'appel n'ait pas permis que le jugement fût signé par un magistrat autre que le président ou le plus ancien juge, car il est toujours temps de demander cette autorisation, et, tant qu'elle n'a pas été refusée, un moyen reste à la partie gagnante de s'assurer le bénéfice du jugement en en couvrant l'irrégularité[5]. Reste l'hypothèse où le jugement est signé par un juge qui n'y a pas assisté, ou encore, sans autorisation de la cour d'appel, par un magistrat qui n'était ni le président ni le plus ancien juge. C'est un cas de nullité[6], mais cette nullité n'est point absolue, car l'irrégularité sera couverte si les parties demandent et si la cour d'appel ordonne que cette signature soit rayée sur la minute, et remplacée par celle d'un juge qui ait pris part au jugement[7].

[3] Merlin, *op. cit.*, v° *Signature*, § II. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 589. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 261. Besançon, 11 août 1869 (D. P. 70. 2. 205). Req. 5 avr. 1875 (D. P. 75. 1. 295). Ce dernier arrêt en tire cette conséquence qu'un jugement non signé ne doit jamais être l'objet d'un pourvoi en cassation : ou la cour d'appel autorise à signer le jugement un magistrat qui n'est ni le président ni le plus ancien juge, ou elle ne l'autorise pas ; dans le premier cas le jugement est valable, dans le second il est inexistant. Il a été jugé anciennement que l'existence des jugements non signés peut être établie par d'autres moyens de preuve et, notamment, par les circonstances du fait (Paris, 31 juill. 1828, Bordeaux, 6 mai 1841 ; D. A. *v° et loc. cit.*); mais il s'agissait, dans l'espèce, de jugements rendus avant la promulgation du Code de procédure, c'est-à-dire à une époque où les jugements étaient souvent écrits sur une feuille volante : il n'en serait pas de même aujourd'hui, et un jugement signé devrait être considéré comme non avenu (Voy. cep. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 316). Les mentions marginales des noms des juges, du représentant du ministère public, et du greffier ne font également foi que lorsqu'elles sont signées (Civ. cass. 24 août 1825 ; D. A. *v° cit.*, n° 216).

[4] Req. 9 avr. 1834 (D. A. v° *Requête civile*, n° 64).

[5] L'article 38 du décret du 30 mars 1808 n'indique pas de délai fixe dans lequel on doive, à peine de déchéance, demander à la cour d'appel l'autorisation dont il s'agit (Lyon, 27 juill. 1834 ; D. A. v° *Jugement*, *loc. cit.*) ; mais plus on s'éloigne du jour où le jugement a été rendu, plus l'authenticité en devient douteuse, et plus la cour fera difficulté de donner l'autorisation qu'on lui demande.

[6] Besançon, 4 août 1869 (D. P. 70. 2. 205).

[7] Limoges, 5 mars 1840 (D. A. *v° cit.*, n° 222). Besançon, 6 févr. 1867 (D. P. 67. 2. 16).

§ **1172**. De quelque tribunal qu'émane le jugement, il faut se hâter de le rédiger pour empêcher qu'on le modifie, d'en dresser minute pour éviter qu'il se perde, et de le signer pour lui donner l'authenticité; les règles qui précèdent s'appliquent donc, dans leur ensemble, aux jugements rendus par les tribunaux d'exception[1]. Aussi l'article 433 et la circulaire ministérielle du 31 octobre 1809 prescrivent-ils d'observer, autant que possible, en matière commerciale, les dispositions de l'article 141 du Code de procédure et des articles 36 à 38 du décret du 30 mars 1808 sur la rédaction et la signature du jugement[2]. Je dis *autant que possible,* car il va de soi que les jugements d'un tribunal, auprès duquel il n'y a pas de ministère public[3], ne mentionnent pas les conclusions du procureur de la République[4], et que le nom des avoués qui n'y existent pas non plus est remplacé, aux termes de l'ordonnance du 10 mars 1825, par la mention expresse que les représentants des parties ont reçu d'elles un pouvoir spécial ou se sont trouvés autorisés par leur présence[5]. L'article 18 dispose de même, quant aux juges de paix, que « les minutes de tout jugement « seront portées par le greffier sur la feuille d'audience, et

§ **1172**. [1] La cour de cassation a cependant jugé que l'article 141 ne s'applique pas en matière disciplinaire, et que l'absence de la mention relative aux conclusions du ministère public ne vicie pas le jugement, s'il est constaté par ailleurs qu'elles ont été déposées (Req. 7 juin 1847; D. P. 47. 1. 235).

[2] Voy., sur le plumitif dans les tribunaux de commerce, civ. rej. 4 nov. 1885 (D. P. 86. 1. 295), et sur la signature des jugements de ces tribunaux, Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 589 et 592. Aj. l'article 6 de l'ordonnance du 5 novembre 1823, qui charge leurs présidents de vérifier les minutes et de transmettre dans les cinq jours au procureur général le résultat de leur vérification.

[3] Voy., sur ce point, t. I, § **44**.

[4] *Quid* dans les tribunaux de première instance jugeant commercialement? Voy. t. I, § **206**.

[5] O. 10 mars 1825, art. 1. Aj. art. 2 : « Les magistrats chargés de procéder « à la vérification ordonnée par l'article 6 de l'ordonnance du 5 novembre 1823 « (Voy. *suprà*, note 2), s'assureront si la formalité prescrite par l'article précé- « dent est observée dans tous les jugements rendus entre des parties qui ont « été défendues, ou dont l'une a été défendue par un tiers : ils consigneront « dans leur procès-verbal le résultat de leur examen à cet égard » ; art. 3 : « En « cas de contravention à l'article 1er de la présente ordonnance, il en sera rendu « compte à notre garde des sceaux, pour être pris à l'égard du greffier telles « mesures qu'il appartiendra » (Voy., sur cette ordonnance, t. I, § **284**, et *suprà*, § **1023**). Le procès-verbal d'un arbitre-rapporteur, bien que visé dans ce jugement, n'en fait point partie intégrante, et peut n'y être pas relaté *in extenso* (Civ. rej. 18 janv. 1870; D. P. 70. 1. 111).

« signées par le juge qui aura tenu l'audience et par le greffier »[6], et l'on s'accorde à dire, faute d'indication contraire dans le texte de la loi, qu'elles doivent contenir, à peine de nullité, toutes les énonciations prescrites par l'article 141[7], sauf l'indication des avoués dont le ministère n'est pas admis devant cette juridiction[8], et des conclusions du ministère public qui n'y existe pas en matière civile[9]. Le décret du 11 juin 1809, sur les conseils de prud'hommes, est muet sur la rédaction de leurs jugements, d'où l'on peut conclure qu'il se réfère, en principe, au droit commun; mais il dispose qu'à la différence des jugements des tribunaux de première instance et de commerce qui sont signés seulement par le président et par le greffier, « les minutes de tout jugement « seront portées par le secrétaire sur la feuille d'audience, « signées par les prud'hommes qui auront été présents, et « contre-signées par lui »[10]. Il résulte aussi de l'article 46 du même décret que ce secrétaire est dépositaire des minutes des jugements rendus par le conseil[11].

§ **1173**. II. Les jugements ne sont pas faits pour rester secrets. Les greffiers qui en ont la garde doivent en communiquer le texte, contre paiement des droits de greffe[1] : 1° au

[6] Voy., sur cet article, *Vente, Justice de paix, feuille d'audience non signée, moyen d'y remédier* (dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. XII, 1853, p. 595 et suiv.; civ. cass. 21 avr. 1898 (D. P. 98. 1. 263). Le juge de paix doit vérifier tous les mois les minutes rédigées par le greffier, et en rendre compte au procureur de la République (O. 5 nov. 1823, art. 3).

[7] Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 481. Voy., sur la mention de la publicité de l'audience en justice de paix, civ. rej. 12 nov. 1834 (D. A. *v° cit.*, n° 200). La prorogation volontaire de la compétence du juge de paix par les parties (Voy. t. I, § **403**) ne le dispense pas d'observer ces formalités (Paris, 19 août 1841; D. A. *v° cit.*, n° 290).

[8] Voy. t. I, § **216**.

[9] Voy. t. I, § **44**.

[10] Voy., sur la difficulté d'exécuter à la lettre cette disposition, Mollot, *op. cit.*, n° 345.

[11] Voy., sur ce secrétaire et sur ses fonctions, t. I, § **214**.

§ **1173**. [1] « Les greffiers et dépositaires des registres publics en délivreront, « sans ordonnance de justice, expédition, copie ou extrait à tous requérants, à « la charge de leurs droits, à peine de dépens, dommages et intérêts » (Art. 853; voy., sur cette obligation des greffiers, Carré, *op. cit.*, t. VI, quest. 2692, Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. II, n° 1103, Besançon, 16 mars 1882, D. P. 82. 2. 235; et, sur la procédure à suivre pour obtenir l'expédition du jugement dans le cas où elle serait refusée, le tome VII). Je rappelle, toutefois, que l'article 245 défend de délivrer, sans autorisation spéciale, copie de pièces prétendues fausses et, par conséquent, d'un jugement contre lequel une

gagnant, qui veut signifier un jugement pour pouvoir procéder à l'exécution, ou pour faire courir le délai de l'appel, de la requête civile ou du pourvoi en cassation[2]; 2° au perdant, qui veut étudier ce jugement ou le faire étudier par ses conseils pour savoir s'il doit l'attaquer ou l'exécuter[3]; 3° à toute personne intéressée, ou qui croit l'être, à se procurer le texte d'un jugement auquel elle n'a pas été partie[4]. Toutefois, les minutes étant déposées au greffe d'où elles ne doivent généralement pas sortir[5], le greffier n'en peut donner qu'une copie ou expédition[6] : on dit alors de la partie requérante qu'elle

inscription de faux serait formée (Voy., sur ce point, t. II, § **811**, note 7). Aj., sur l'enregistrement des jugements et sur le paiement des droits fiscaux à percevoir de ce chef, *infrà*, § **1195**.

[2] Voy., sur la signification des jugements, *infrà*, §§ **1189** et suiv.

[3] Quelquefois même les deux parties se signifient respectivement les jugements qui sont intervenus entre elles (Voy. *infrà*, § **1191**).

[4] Il en est autrement : 1° des actes notariés dont les tiers ne peuvent obtenir communication sans l'autorisation du président du tribunal de première instance, à peine de dommages-intérêts et d'amende contre le notaire contrevenant, et même de suspension en cas de récidive (L. 25 vent. an XI, art. 23; voy., sur ce point, le tome VII; 2° des procédures criminelles non suivies de condamnation, dont il n'est pas permis de prendre copie (Civ. cass. 17 juin 1834; D. A. v° *Compulsoire*, n° 10). Les jugements disciplinaires font aussi exception à la règle, et les tiers ne peuvent en obtenir communication que si le tribunal les y autorise (Aix, 11 janv. 1825; D. A. v° *Greffe*, n° 69). La publicité donnée à un jugement par la partie qui l'a obtenu peut quelquefois constituer le délit de diffamation (Bordeaux, 11 nov. 1890; D. P. 91. 2. 6; S. 91. 2. 224).

[5] « Le greffe est un dépôt sacré dont les minutes ne doivent jamais sortir que « dans le cas où il serait indispensablement nécessaire de les exhiber, soit pour « en faire la vérification si elles étaient arguées de faux, soit pour les confronter « avec des expéditions qui en auraient été délivrées ou qui seraient pareillement « arguées de faux. En un mot, ce n'est que dans des circonstances semblables « que les tribunaux sont autorisés à ordonner l'apport des minutes; au contraire, « lorsqu'il ne s'agit pas de prononcer d'après des contestations relatives à ce « que contiennent ces pièces, la partie intéressée doit être assujettie à en pro- « duire des expéditions en forme, et il n'est pas permis d'y substituer des mi- « nutes pour être lues à l'audience ou communiquées aux défenseurs officieux » (Circ. minist. 17 therm. an VII; D. A. v° *cit.*, n° 54). « Je n'ignore pas que, par « condescendance pour quelques magistrats, les greffiers souffrent que les mi- « nutes des jugements et autres actes judiciaires sortent du greffe, et soient « colportées dans la ville et envoyées même quelquefois à la campagne pour « les faire revêtir de signatures indispensables. Ces déplacements de minutes « sont un abus qu'on ne peut tolérer, et qui prête, d'ailleurs, à de grands dan- « gers. C'est au greffe même ou dans les chambres du conseil que les magistrats « doivent faire leur vérification, et apposer leurs signatures sur les actes aux- « quels ils ont concouru » (Circ. minist. 23 déc. 1822; D. A. v° *et loc. cit.*). Comp. les précautions à prendre pour apporter au greffe d'un autre tribunal les minutes invoquées comme pièces de comparaison dans un procès d'inscription de faux ou de vérification d'écriture (T. II, §§ **800** et **810**).

[6] On appelle copie signifiée celle qui l'a été suivant les formes indiquées *infrà*, §§ **1190** et **1191**.

le magistrat du ministère public qui y aurait assisté[11], et même un juge qui, ayant siégé au jugement, n'aurait pas assisté à toutes les audiences de la cause[12]; si bien que, ne trouvant plus dans le personnel actuel du tribunal aucun magistrat qui eût siégé à toutes les audiences où l'affaire a été portée, on en serait réduit à faire régler les qualités par le tribunal tout entier[13]. La rédaction des qualités par un

cette chambre peuvent-ils aussi régler les qualités sans avoir siégé au jugement? Voy., pour l'affirmative, req. 9 déc. 1828 (D. A. *v° cit.*, n° 253); civ. rej. 24 août 1881 (D. P. 82. 1. 219); civ. rej. 28 déc. 1885 (D. P. 86. 1. 433); Douai, 7 déc. 1893 (D. P. 94. 2. 321); civ. cass. 15 mai 1895 (D. P. 95. 1. 422; S. 95. 1. 328). Il faut seulement, d'après ces deux derniers arrêts, mentionner au règlement de qualités l'absence ou l'empêchement de tous les magistrats qui ont connu de l'affaire, et un certificat du greffier ne peut tenir lieu de cette mention (Voy., sur cette question, civ. cass. 27 juill. 1858, D. P. 58. 1. 389; civ. cass. 27 juill. 1869, D. P. 69. 1. 350; civ. cass. 5 nov. 1890, S. 91. 1. 120; civ. cass. 12 mai 1891, D. P. 91. 5. 318, S. 91. 1. 332).

[11] Civ. cass. 16 nov. 1881 (D. P. 82. 1. 219).

[12] Cette addition au texte de l'article 145 est consacrée par une jurisprudence constante, et se justifie, d'ailleurs, parfaitement. Si les juges qui n'ont pu siéger à toutes les audiences de la cause sont exclus du droit de la juger (Voy. *suprà*, § **1052**), ils doivent l'être aussi du droit de régler les qualités, car la connaissance exacte des parties, de leur rôle au procès, de leurs conclusions, et des questions de fait et de droit que soulevait la constatation, n'est pas moins nécessaire pour régler les qualités que pour participer au jugement. Voy., en ce sens, civ. cass. 23 juin 1845 (D. P. 45. 1. 331); crim. cass. 14 févr. 1848 (D. P. 48. 5. 251); civ. cass. 22 août 1855 (D. P. 55. 1. 354); civ. cass. 22 avr. 1857 (D. P. 57. 1. 159); civ. cass. 29 déc. 1857 (D. P. 58. 1. 21); civ. cass. 25 janv. 1859 (D. P. 59. 1. 69); civ. cass. 21 mars 1859 (D. P. 59. 1. 156); civ. cass. 16 août 1859 (D. P. 59. 1. 344); civ. cass. 16 janv. 1861 (D. P. 61. 1. 127); civ. cass. 2 janv. 1866 (D. P. 66. 1. 158); civ. cass. 27 juill. 1869 (D. P. 69. 1. 350); civ. cass. 27 déc. 1869 (D. P. 70. 1. 16); civ. cass. 20 août 1871 (D. P. 71. 5. 229); civ. cass. 2 juill. 1873 (D. P. 73. 1. 411); civ. cass. 7 nov. 1876 (D. P. 77. 1. 124); civ. cass. 4 déc. 1876 (D. P. 77. 1. 219); civ. cass. 21 févr. 1877 (D. P. 77. 1. 349); civ. cass. 19 nov. 1877 (D. P. 78. 1. 478); civ. cass. 6 août 1879 (D. P. 79. 5. 255); civ. cass. 11 août 1880 (D. P. 81. 5. 232); civ. cass. 26 août 1884 (D. P. 85. 1. 64); civ. cass. 10 mars et 6 avr. 1886 (D. P. 86. 5. 264); civ. cass. 2 mai 1892 (D. P. 92. 5. 379; S. 92. 1. 312); civ. cass. 20 mars 1893 (D. P. 93 1. 416; S. 93. 1. 368); Douai, 7 déc. 1893 (D. P. 94. 2. 321); civ. cass. 13 mai 1895 (D. P. 95. 1. 391); civ. cass. 4 mars 1896 (D. P. 96. 1. 239); civ. cass. 13 juill. 1896 (D. P. 97. 1. 149). Il en est de même, à plus forte raison, de l'absence complète de règlement de qualités (Civ. rej. 20 nov. 1894, D. P. 94. 1. 568, S. 97. 1. 70; civ. cass. 29 juin 1896, D. P. 97. 1. 149, S. 97. 1. 32), mais le jugement expédié avant ce règlement n'est pas nul si elles ont été effectivement réglées à une date ultérieure (Civ. rej. 20 nov. 1894; D. P. 94. 1. 568; S. 97. 1. 70). Peu importe que l'avoué opposant fasse défaut devant le magistrat qui les règle (Civ. cass. 3 juin 1862, D. P. 62. 1. 293; civ. cass. 25 juill. 1864, D. P. 64. 1. 280; civ. cass. 6 févr. 1867, D. P. 67. 1. 124; civ. cass. 19 avr. 1870, D. P. 70. 1. 360); mais sa comparution au règlement ne vaut pas acquiescement aux nullités qui peuvent y avoir été commises, et il peut, néanmoins, les faire valoir (Civ. cass. 20 janv. 1897; D. P. 97. 1. 128; S. 97. 1. 513). Au surplus, il convient d'entendre ici, comme en matière de jugement, l'assistance des juges à toutes les audiences de la cause, et de ne pas appliquer cette règle avec plus de rigueur que je ne l'ai fait aux §§ **1052** et suivants.

[13] Paris, 22 juill. 1876 (D. P. 80. 5. 226). Chauveau pensé que le président

magistrat incompétent est même une cause de nullité du jugement, nullité plus ou moins absolue suivant que l'incompétence est plus ou moins radicale : le magistrat qui a réglé les qualités n'est-il pas le plus ancien, les avoués couvrent, en comparaissant devant lui, cette irrégularité relativement peu importante[14]; n'a-t-il pas siégé à toutes les audiences de la cause, la nullité est d'ordre public, peut être demandée même par celle des parties dont l'avoué s'est volontairement présenté devant ce magistrat, et ne se couvre que par un nouveau règlement valablement fait du consentement de toutes les parties par un juge compétent[15].

Le juge compétent qui refuserait de régler les qualités commettrait le déni de justice, qui consiste aussi bien dans le refus de répondre les requêtes que dans celui de rendre les jugements[16]; mais le règlement des qualités n'est pas un jugement : il se fait en chambre du conseil à l'heure ordinaire des référés[17], et l'ordonnance qui est rendue à cet effet

actuel du tribunal pourrait alors régler seul les qualités (*Op. cit.*, supp., quest. 601 *ter*), mais cette solution ne peut être admise : du moment qu'aucun des membres actuels du tribunal n'a assisté à toutes les audiences de la cause, il n'y a que ce tribunal tout entier qui puisse en régler les qualités : quelles lumières particulières aurait le président pour arrêter la rédaction d'un jugement auquel il n'a pris aucune part? Quoi qu'il en soit, c'est seulement dans cette hypothèse que les qualités peuvent être réglées par le tribunal tout entier; ce cas excepté, il est incompétent à cet effet, et ce à peine de nullité (Civ. cass. 16 avr. 1890, D. P. 90. 1. 445, S. 93. 1. 178; civ. cass. 15 nov. 1893, D. P. 94. 1. 182, S. 94. 1. 85).

[14] Req. 22 nov. 1837 (D. A. *v° cit.*, n° 253). Req. 29 déc. 1847 (D. P. 48. 1. 55). Req. 9 juill. 1867 (D. P. 68. 1. 72). Req. 13 juill. 1868 (D. P. 71. 5. 228). Leurs clients ne peuvent donc pas les désavouer à raison de ce fait (Voy., sur les cas où il y a lieu à désaveu, t. II, § **908**).

[15] Le caractère absolu de cette nullité résulte suffisamment des observations présentées *suprà*, § **1177**, note 6 (Voy., en ce sens, civ. cass. 23 juin 1845, D. P. 45. 1. 330; crim. cass. 14 févr. 1848, D. P. 48. 5. 251; civ. cass. 22 août 1855, D. P. 55. 1. 354; civ. cass. 27 juill. 1858, D. P. 58. 1. 389; civ. cass. 14 déc. 1863 et 5 janv. 1864, D. P. 64. 1. 42; civ. cass. 4 déc. 1876, D. P. 77. 1. 219; civ. cass. 1er juin 1892, D. P. 92. 1. 384, S. 92. 1. 312). Toutefois, si, en fait, l'opposition aux qualités n'avait pas été formée, la mention *bon pour mainlevée d'opposition* (Voy., sur cette mention, *infrà*, même §) serait à considérer comme non avenue, et le jugement comme valable quand même cette mention serait signée par un magistrat incompétent (Civ. rej. 1er févr. 1893; D. P. 93. 1. 181; S. 96. 1. 487).

[16] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 410. Civ. rej. 17 mars 1835 (D. A. *v° et loc. cit.*). Voy., sur les caractères et les conséquences du déni de justice, t. I, §§ **140** et suiv.

[17] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 401. Ce n'est pourtant ni une ordonnance de référé ni une ordonnance sur requête, et elle n'est, comme telle, sujette à aucun recours (Req. 6 juin 1894; D. P. 94. 1. 524; S. 97. 1. 124), mais elle ne serait pas nulle pour avoir été ainsi qualifiée (Req. 6 févr. 1888; D. P. 88. 1. 79). Le magistrat

se passe à la fois de motifs et même de l'assistance presque toujours indispensable du greffier[18]. Si le juge approuve les qualités signifiées, il y écrit de sa main la mention *bon à expédier* ou *bon pour mainlevée d'opposition*[19]; dans le cas contraire, il y met celle *ne pas expédier sur les présentes qualités*[20], et les rectifie lui-même séance tenante[21], ou charge les avoués d'y faire les changements nécessaires[22]. Si l'un d'eux fait des offres au nom de sa partie pour prévenir l'expédition du jugement[23], le juge peut renvoyer à l'audience pour voir statuer sur la validité de ces offres[24]; si l'un des avoués fait défaut, le juge lui accorde une remise, ou passe outre s'il n'a pas une excuse légitime[25]. Quoi qu'il décide, cette ordonnance est portée, avec sa date[26], à la suite

compétent pour régler les qualités peut le faire chez lui (Req. 26 juill. 1893, D. P. 94. 1. 260, S. 96. 1. 502; req. 26 janv. 1898, D. P. 98. 1. 191, S. 98. 1. 320), mais, ni chez lui ni au Palais, il ne peut le faire un jour férié (Civ. cass. 8 août 1893; D. P. 94. 1. 233, voy. *ib.* le rapport de M. le conseiller Greffier et les conclusions de M. l'avocat général Desjardins; S. 94. 1. 137), et en l'absence de l'avoué qui a fait opposition, à moins qu'il n'ait été dûment sommé d'y assister (Civ. cass. 16 avr. 1890, D. P. 90. 1. 445, S. 93. 1. 178; civ. cass. 29 avr. 1891, D. P. 91. 1. 360, S. 92. 1. 7; req. 9 juill. 1891, D. P. 94. 1. 173, S. 93. 1. 300; req. 13 juin 1892, S. 93. 1. 196; civ. cass. 15 nov. 1893, D. P. 94. 1. 182, S. 94. 1. 85; civ. cass. 23 oct. 1895, D. P. 96. 1. 32, S. 97. 1. 228). Son ordonnance doit même en faire mention, à peine de nullité (Civ. cass. 31 oct. 1894; D. P. 95. 1. 63; S. 95. 1. 216).

[18] Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 264. Req. 20 avr. 1841 (D. A. *v° cit.*, n° 711). Req. 16 févr. 1848 (D. P. 49. 5. 262). Civ. cass. 8 mai 1850 (D. P. 50. 1. 158). Req. 23 avr. 1856 (D. P. 56. 1. 294). Req. 6 janv. 1858 (D. P. 58. 1. 457). Req. 2 mars 1858 (D. P. 58. 1. 215). Req. 19 déc. 1866 (D. P. 67. 1. 440). Req. 2 déc. 1868 (D. P. 69. 1. 129). Req. 15 juin 1869 (D. P. 70. 1. 128). Req. 27 mars 1893 (D. P. 93. 1. 311; S. 95. 1. 34). Civ. rej. 16 janv. 1895 (D. P. 95. 1. 253; S. 95. 1. 224). Le règlement des qualités est, dit ce dernier arrêt, une mission confiée à la loyauté du juge et un appel à ses souvenirs : il affirme, en donnant mainlevée de l'opposition, l'exactitude des qualités rédigées, et cette affirmation n'a pas besoin d'être motivée.

[19] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 407. Bonnier, *op. cit.*, n° 341. Civ. cass. 3 mars 1868 (D. P. 68. 1. 156).

[20] Il peut ordonner qu'elles seront déposées au greffe (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 411; Toulouse, 2 mars 1841, D. A. v° *Prise à partie*, n° 8).

[21] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 407. Bonnier, *op. et loc. cit.* Il suffit de faire cette rectification sur l'original du jugement, et de mettre dans l'ordonnance la mention *bon à expédier sous les modifications indiquées plus haut* (Req. 2 janv. 1895; S. 95. 1. 440).

[22] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 402. Req. 23 nov. 1829 (D. A. v° *Jugement*, n° 254).

[23] Voy., sur cette hypothèse, *suprà*, § **1173**, note 12.

[24] Ce renvoi n'est pas un déni de justice (Civ. rej. 17 mars 1835; D. A. *v° cit.*, n° 253). Le juge n'a pas non plus le droit d'ordonner la suppression de telles ou telles conclusions : il doit, si elle est demandée, en référer au tribunal (Ord. du président du tribunal de Redon, 1er févr. 1869; D. P. 69. 3. 103).

[25] Voy., sur ce point, req. 13 juill. 1868 (D. P. 71. 5. 228).

[26] En principe, l'omission de la date est irritante (Civ. rej. 16 févr. 1878, D.

de la signification des qualités[27]; elle n'est sujette ni à l'appel ni à l'opposition ni au pourvoi en cassation[28], et il n'est pas requis à peine de nullité que le jugement en fasse mention, non plus que de la signification et de l'opposition qui l'ont précédée[29].

§ **1180**. Le système qui vient d'être exposé ne laisse pas d'offrir de graves inconvénients. Il n'est pas seulement illogique de fixer ainsi, après que le jugement est rendu, les points de fait et de droit qu'il devait résoudre; cela est dangereux sous trois rapports. 1° Tel avoué, qui rédigerait avec soin les qualités sur lesquelles son client va être jugé, n'y voit plus

P. 78. 1. 152; Poitiers, 18 mai 1881, D. P. 82. 2. 103; civ. cass. 6 janv. et 23 mars 1886, D. P. 86. 1. 335; civ. cass. 21 juin 1886, D. P. 86. 1. 456; civ. cass. 7 juill. 1886, D. P. 86. 5. 262; civ. cass. 24 juill. 1893, D. P. 93. 1. 602, S. 93. 1. 376; civ. cass. 31 oct. 1894, D. P. 95. 1. 63, S. 95. 1. 216), et la circonstance que l'avenir en règlement a été donné pour un jour déterminé ne couvre pas cette nullité, si rien ne prouve que le règlement ait eu lieu ce jour-là (Civ. cass. 31 oct. 1894; D. P. 95. 1. 63; S. 95. 1. 216). Si cependant il était constant, en fait, que les droits de la défense ont été observés, les qualités signifiées, l'opposition formée, et les qualités réglées en présence de l'opposant, l'omission de la date n'entraînerait pas nullité de l'ordonnance qui les règle (Civ. rej. 18 mai 1881, D. P. 82. 1. 115; civ. cass. 2 févr. 1886, D. P. 86. 1. 126). Il en serait de même si les qualités portent la mention *bon à expédier après rectification convenue*, qui implique l'accord des deux avoués (Req. 16 juill. 1884; D. P. 85. 1. 232). Rien n'oblige, en outre, le président à mentionner, dans son ordonnance, que l'avoué opposant a fait défaut, et à indiquer l'heure à laquelle les qualités ont été réglées (Crim. rej. 30 juill. 1896; D. P. 97. 1. 98; S. 98. 1. 133).

[27] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 409. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 602. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boncenne, *op. cit.*, t. II, p. 427. Instr. dir. gén. enregistr., 23 juill. 1811 (D. A. *v° cit.*, n° 251).

[28] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 412. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 603. Chauveau, sur Carré, *op et loc. cit.* Colmet-Daage, sur Boitard, *op. cit.*, t. I, p. 312, note 2. Bonnier, *op. et loc. cit.* Req. 10 juin 1813; Agen, 3 juill. 1830; Bruxelles, 14 mai 1831 (D. A. v° *Jugement*, n° 257). Orléans, 28 déc. 1831 (D. A. *v° cit.*, n° 253). Req. 17 mai 1843 (D. A. *v° cit.*, n° 25). Req. 18 juin 1851 (D. P. 54. 5. 456). Req. 18 avr. 1877 (D. P. 77. 1. 293). Req. 2 févr. 1881 (D. P. 82. 1. 179). Req. 6 juin 1894 (D. P. 94. 1. 524; S. 97. 1. 124). Voy., en sens contraire, pour l'opposition, Rodière, *op. et loc. cit.*; pour l'appel, Bordeaux, 22 mai 1840 (D. A. *v° cit.*, n° 407). Il reste, en pareil cas, à appeler du jugement lui-même, et les erreurs de procédure qui ont été commises dans le règlement des qualités peuvent être un motif de l'infirmer (Req. 21 mai 1823; D. A. v° *Jugement*, n° 257).

[29] Art. 145. Req. 12 févr. 1817 (D. A. *v° cit.*, n° 250). Req. 28 févr. 1865 (D. P. 65. 1. 420). Req. 6 mars 1866 (D. P. 66. 1. 271). Req. 19 juin 1872 (D. P. 72. 1. 472). Req. 15 juill. 1873 (D. P. 74. 1. 262). Req. 30 mars 1874 (D. P. 75. 1. 258). Req. 21 déc. 1875 (D. P. 78. 1. 80). Req. 8 févr. 1876 (D. P. 76. 1. 289 et 300). Req. 3 août 1876 (D. A. *v° cit.*, supp., n° 271). Req. 14 juin 1877 (D. P. 78. 1. 120). Req. 6 août 1877 (D. P. 78. 1. 163). Req. 6 févr. 1878 (D. P. 78. 1. 125). Req. 11 nov. 1879 (D. P. 80 1. 421). Req. 12 avr. 1880 (D. P. 80. 1. 417). Req. 22 févr. 1886 (D. P. 86. 1. 156). Req. 19 juill. 1888 (D. P. 89. 1. 345; S. 91. 1. 59). Civ. rej. 20 nov. 1888 (D. P. 90. 1. 157; S. 91. 1. 12). Civ. cass. 30 oct. 1889 (D. P. 90. 1. 81; S. 91. 1. 391). Civ. rej. 20 nov. 1894 (D. P. 94. 1. 568; S. 97. 1. 70). Req. 2 janv. 1895 (D. P. 95. 1. 279; S. 95. 1. 440). Req. 3 nov. 1896 (D. P. 97. 1. 351).

d'intérêt et n'y porte plus d'attention quand le jugement est rendu, surtout s'il est en dernier ressort et que le procès ne soit pas sujet à recommencer devant la cour. 2° Il est imprudent d'abandonner au représentant d'une partie la rédaction d'un acte qui peut avoir pour l'autre des conséquences très préjudiciables : j'ai formé une demande comme habile à me dire héritier, dans le seul intérêt de la succession, et de manière à conserver intact mon droit de l'accepter ou d'y renoncer; je suis condamné, et l'avoué adverse qui rédige les qualités me représente comme ayant plaidé en qualité d'héritier pur et simple; si mon avoué laisse passer ces qualités par inadvertance, et n'y fait pas opposition en temps utile, je me trouve déchu du droit de renoncer et même d'accepter sous bénéfice d'inventaire[1]. 3° Il y a droit acquis pour le gagnant à faire exécuter un bon jugement, et pour le perdant à en faire annuler un mauvais; la validité d'un jugement ne devrait donc pas dépendre de circonstances extérieures qui le vicient s'il est bien rendu, ou qui en réparent le vice s'il pèche en quelque point. Or, c'est justement ce qui arrive dans quatre cas, avec ces qualités rédigées après coup. *a*) Un jugement, parfaitement valable le jour où il a été rendu, ne l'est plus si les qualités en sont réglées par un juge incompétent ou malgré une opposition dûment formée[2]. *b*) Primus a demandé le remboursement, sans intérêts, de 2.000 francs qu'il dit avoir prêtés; le tribunal les lui a refusés, et ce jugement est, je le suppose, inattaquable; si cependant Primus est de mauvaise foi, il pourra faire de la rédaction des qualités un moyen de nullité en y ajoutant après coup des conclusions, qu'il n'a pas prises, à fin de paiement des intérêts de ces 2.000 francs; le tribunal se trouvera ainsi n'avoir pas statué sur un chef de conclusions, et c'est un cas de requête civile, comme on le verra au tome VI de ce Traité. *c*) Qu'à l'inverse, ce même Primus ait demandé 2.000 francs sans intérêts, et que le tribunal lui ait accordé, outre ces 2.000 francs, les intérêts auxquels il n'avait pas conclu, le jugement est nul pour avoir statué *ultra petita*[3]; mais Primus

§ **1180.** [1] Voy., sur cette hypothèse, t. II, § **772**.
[2] Voy., à cet égard, le § précédent.
[3] C'est encore un cas de requête civile (Voy. le tome V).

en évitera la nullité s'il insère aux qualités de prétendues conclusions tendantes au paiement des intérêts que le tribunal n'eût pas dû lui accorder d'office. *d*) Le mérite d'un jugement consiste à s'adapter exactement aux questions posées devant le tribunal, sa valeur dépend de la solution qu'il donne sur chacun des points de fait et de droit qui étaient soumis aux juges, et, comme une simple nuance dans les faits peut entraîner une grave différence dans le droit, on comprendra aisément qu'une légère variante dans l'exposé des faits, un mot de plus ou de moins, un chiffre mis pour un autre suffisent pour fausser le jugement[4]. Il faudrait, pour remédier à cette fâcheuse situation, soit exiger des avoués qu'ils rédigeâssent les qualités avant le jugement[5], soit les faire rédiger par le juge ou par le greffier[6], soit, mieux encore, associer nécessairement le tribunal au travail des avoués en ne laissant expédier le jugement, même en l'absence de toute opposition aux qualités, qu'après un avenir donné devant le président ou le juge qui le remplace, lequel aurait plein pouvoir pour modifier les qualités et, au besoin, pour les rédiger d'office[7].

[4] Voy., contre le système actuel, Carré, *op. cit.*, t. I, n° CIII, Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*, Boitard, *op. cit.*, t. I, n° 299, Lavielle, *op. cit.*, p. 226 et suiv., Greffier, *op. cit.*, p. 28 et suiv.; pour sa défense, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 344, Colmet-Daage et Glasson, sur Boitard, *op. et loc. cit.*, Bonnier, *op. cit.*, n° 343; et, sur son application, Sévin, *Examen doctrinal de la jurisprudence sur les qualités des jugements et la manière de les régler* (dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. XV, 1859, p. 100 et suiv.).

[5] C'est le système de la loi du 26 septembre 1819 pour le canton de Genève (Bellot, *op. cit.*, p. 103 et suiv.), du Code de procédure italien (Allard, *Examen critique du Code de procédure pour le royaume d'Italie*, dans la *Revue de droit international*, 1870, p. 237), et du projet du Code de procédure belge (Allard, *Rapport fait au nom de la commission de réforme du Code de procédure belge*, p. 95). Le projet de Code italien exigeait que les qualités fûssent rédigées d'avance et du commun accord des parties; on y a sagement renoncé dans la rédaction définitive, car de deux choses l'une : ou les parties sont d'accord, et il est inutile de le constater; ou il y a dissentiment entre elles, et alors le procès sur le fond va se compliquer d'un procès sur les qualités (Allard, *Examen critique du Code de procédure pour le royaume d'Italie, loc. cit.*).

[6] C'est à peu près le système allemand : l'objet, la marche et les résultats du débat sont consignés dans un procès-verbal écrit, et signé par le président et par le greffier (Code de procédure du 30 janvier 1877, §§ 145 et suiv., trad. Glasson, Lederlin et Pierre Dareste, p. 61 et suiv.). M. Lavielle voudrait que le jugement fût toujours rendu sur rapport, et les qualités rédigées par le rapporteur (*Op. cit.*, p. 226).

[7] Le projet de 1894, plus radical, supprime cette procédure : le tribunal rédige lui-même ces qualités sur les bases fournies par les conclusions des parties (P. 49).

§ **1181**. En attendant que cette partie de la législation soit réformée, il reste à prévoir : 1° le cas où l'expédition n'est pas conforme à la feuille d'audience[1]; 2° les omissions qui peuvent se trouver dans les parties de l'expédition qui ne sont pas la reproduction de la minute[2].

§ **1182**. A. L'expédition du jugement n'est qu'une copie, à laquelle s'applique l'article 1334 du Code civil : « Les « copies, lorsque le titre original subsiste, ne font foi que de « ce qui est contenu au titre, dont la représentation peut tou- « jours être exigée »[1]. Les erreurs et les omissions de l'expédition n'influent donc pas sur la validité du jugement, si l'on prouve, en produisant la minute, que celle-ci contient les énonciations nécessaires, et relate exactement les faits qu'elle a pour objet de constater[2]. Il a été jugé, conformément à ce principe : 1° qu'on n'est pas tenu de s'inscrire en faux mais seulement de produire la minute, pour prouver que l'expédition ne relate pas exactement la teneur du jugement, sa date, les noms des juges, ou la présence du ministère public[3]; 2° que l'omission du nom des juges et de l'assistance du ministère public n'est pas une cause de nullité, si la minute prouve que le jugement a été rendu par un nombre suffisant de juges, et que, la cause étant communicable, le ministère public a été entendu[4]; 3° qu'à plus forte raison l'omission du nom de l'un des juges, ou l'indication d'un juge qui n'aurait pas assisté à toutes les audiences de la cause, n'entraînent pas la nullité du jugement, dès qu'il est établi par la minute que le tribunal était au complet, et que les juges qui ont siégé

§ **1181**. [1] Le projet de 1894 supprime en grande partie ces complications en donnant à la feuille d'audience le caractère officiel qui lui manque aujourd'hui (P. 83).

[2] Voy., quant aux irrégularités qui ont pu se commettre dans la procédure relative aux qualités, *suprà*, §§ **1177** et suiv.

§ **1182**. [1] Voy., sur cet article, t. II, § **611**, et le tome VII.

[2] Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 593. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*

[3] Civ. cass. 15 févr. 1829 (D. A. *v° cit.*, n° 260).

[4] Bourges, 28 juin 1813 (D. A. *v° cit.*, n° 271). Civ. rej. 1er déc. 1880 (D. P. 81. 1. 53). Civ. rej. 28 janv. 1891 (D. P. 92. 1. 53; S. 93. 1. 294). Je rappelle que la mention de l'assistance du ministère public au jugement n'est requise, même sur la minute, que si l'affaire était communicable (Voy. *suprà*, § **1169**). Quant au nom de l'officier du ministère public qui a conclu, il est inutile de l'insérer dans la minute (Voy. *suprà*, *ib.*) et, *à fortiori*, dans l'expédition (Lyon, 24 janv. 1834, req. 9 déc. 1835; D. A. *v° cit.*, n° 281).

au jugement avaient aussi siégé aux audiences précédentes[5]; 4° qu'il en est de même si la date est omise, la feuille d'audience étant là pour combler cette lacune[6], ou si la minute et l'expédition ne sont pas datées du même jour, la date de la première devant prévaloir, en tout cas, sur celle de la seconde[7]. Quant aux contradictions qui pourraient se rencontrer entre la feuille d'audience[8] d'une part, et la minute ou l'expédition d'autre part, la règle est que la feuille d'audience prévaut contre les expéditions non conformes à la minute[9], mais non pas contre cette dernière[10].

§ **1183**. B. Ce qu'il faut y ajouter pour en faire une expédition régulière, c'est la mention que le jugement a été rendu en audience publique, et le texte des qualités[1]. Ces indications sont substantielles et, par conséquent, requises à peine de nullité, suivant le principe posé au § **1168**[2],

[5] Civ. rej. 13 juill. 1808 (D. A. v° *Faux incident civil*, n° 75). Req. 3 juin 1813; civ. rej. 6 avr. 1818 et 6 avr. 1831 (D. A. v° *Jugement*, n° 273). Req. 5 juin 1832 (D. A. v° *cit.*, n° 323). Req. 17 juin 1834 (D. A. v° *Appel civil*, n° 1113). Req. 2 déc. 1834 (D. A. v° *Jugement*, n° 273). Civ. cass. 14 juin 1836 (D. A. v° *cit.*, n° 965). Req. 21 mai 1851 (D. P. 51. 1. 274). Civ. rej. 5 juill. 1852 (D. P. 52. 1. 171). Civ. rej. 7 juill. 1852 (D. P. 52. 1. 172). Civ. rej. 7 avr. 1862 (D. P. 62. 1. 282). Par contre, le jugement est nul si la minute ne fournit rien qui puisse servir à rectifier l'expédition (Rennes, 4 mars 1820; D. A. v° *cit.*, n° 49).

[6] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 292. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 263. Req. 14 avr. 1824 (D. A. v° *Cassation*, n° 874). Req. 29 nov. 1831 (D. A. v° *Jugement*, n° 212).

[7] Req. 28 oct. 1806 et 8 nov. 1809 (D. A. v° *et loc. cit.*).

[8] Ou le plumitif (Voy. *suprà*, § **1164**).

[9] Req. 17 oct. 1888 (D. P. 89. 1. 133). Civ. rej. 28 janv. 1891 (D. P. 92. 1. 53; S. 93. 1. 294). Req. 27 mars 1893 (D. P. 93. 1. 529; voy. *ib.* la note de M. Glasson; S. 96. 1. 515).

[10] Req. 2 déc. 1895 (D. P. 96. 1. 256; S. 96. 1. 239). Req. 23 déc. 1895 (D. P. 96. 1. 95).

§ **1183**. [1] Voy. *suprà*, § **1174**.

[2] Voy., en ce sens, pour la publicité de l'audience, t. II, § **550**; pour les qualités, Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 362, 369 et 374, Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 594, Boncenne, *op. cit.*, t. II, p. 445, Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 301, Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 266 et 267, Bonnier, *op. cit.*, n°s 337 et 339, civ. cass. 29 nov. 1869 (D. P. 70. 1. 443). Spécialement, il faut, à peine de nullité et sous la réserve des tempéraments qui vont être indiqués, que le jugement contienne : 1° l'exposé des points de fait et de droit (Civ. cass. 11 juin 1811, D. A. v° *cit.*, n° 267; Toulouse, 29 nov. 1811, Rennes, 2 août 1814 et 21 juin 1816, D. A. v° *cit.*, n° 298, civ. cass. 8 nov. 1825, D. A. v° *cit.*, n° 295, c. cass. de Belgique, 31 janv. et 2 déc. 1829, civ. cass. 12 août 1835, D. A. v° *cit.*, n° 298, civ. cass. 28 nov. 1836, D. A. v° *cit.*, n° 294, civ. cass. 2 févr. 1842, D. A. v° *cit.*, n° 298; *contrà*, Bruxelles, 28 juin 1820, D. A. v° *cit.*, n° 299, Poitiers, 25 mai 1825, D. A. v° *cit.*, n° 300, req. 1er déc. 1832, D. A. v° *cit.*, n° 299, civ. cass. 24 déc. 1895, D. P. 96. 1. 181, S. 96. 1. 176, civ. cass. 4 mars 1896, D. P. 96. 1. 256, S. 96. 1. 239); 2° les conclusions des

mais cette nullité comporte des tempéraments sans lesquels elle serait empreinte d'un formalisme exagéré. D'une part, le jugement est valable, si la feuille d'audience, à défaut de l'expédition, mentionne en termes exprès qu'il a été rendu publiquement[2]; d'autre part, il n'est pas indispensable que les points de fait et de droit et les conclusions des parties soient séparés, comme le supposent les articles 141 et 142[4]. Peu importe de quelle manière et à quel endroit du jugement on les expose[5] : les motifs et le dispositif, et même le seul dispositif, peuvent suppléer à leur absence s'ils contiennent tout ce qu'on a besoin de savoir de la position du débat et des questions de fait et de droit que le tribunal avait à résoudre[6]. A plus forte raison la rédaction des qualités n'a-t-elle rien de sacramentel : il suffit, quant aux conclusions et quant aux points de fait et de droit, d'énoncer l'objet de la demande assez clairement pour qu'aucun doute ne plane sur les dires des parties[7], et, quant à ces dernières, de les

parties (Voy., en ce sens, les arrêts qui précèdent, et, en outre, Toulouse, 24 janv. 1825, D. A. *v° cit.*, n° 298, Lyon, 22 juill. 1829, D. A. *v° cit.*, n° 300, Bruxelles, 3 mai 1831, D. A. *v° cit.*, n° 298, civ. cass. 29 juin 1846, D. P. 46. 1. 256, civ. cass. 31 août 1847, D. P. 47. 1. 293; *contrà*, req. 24 déc. 1816, D. A. v° *Jugement*, n° 299). Toutefois, cette nullité ne peut être demandée ni par la partie qui a levé le jugement (Req. 5 nov. 1835; D. A. *v° cit.*, n° 300), ni par celle dont l'avoué a formé opposition aux qualités et les a fait rectifier par le magistrat compétent (Bruxelles, 18 oct. 1831; D. A. *v° et loc. cit.*). D'autre part, les inexactitudes qui se rencontreraient dans les qualités peuvent être corrigées à l'aide d'autres passages du même document (Req. 18 avr. 1877; D. P. 77. 1. 293).

[3] Liège, 15 mai 1826 (D. A. *v° cit.*, n° 193). Civ. rej. 1er déc. 1880 (D. P. 81. 1. 53). Req. 23 mars 1886 (D. P. 87. 1. 216).

[4] Bioche, *op. et v° cit.*, nos 378, 379 et 381. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 267. Rennes, 23 déc. 1814 (D. A. *v° cit.*, n° 302). Req. 9 août 1836 (D. A. v° *Enregistrement*, n° 3943). Civ. rej. 23 mai 1838 (D. A. v° *Jugement, loc. cit.*). Req. 2 avr. 1839 (D. A. v° *Enregistrement*, n° 3800). Req. 26 avr. 1841 et 7 févr. 1843 (D. A. v° *Jugement, loc. cit.*). Civ. rej. 24 août 1869 (D. P. 69. 1. 480). Req. 27 juill. 1875 (D. P. 77. 1. 440).

[5] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 382. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Rennes, 20 déc. 1815 (D. A. *v° et loc. cit.*). Req. 26 mars 1889 (D. P. 90. 1. 135; S. 92. 1. 397). Civ. rej. 13 nov. 1893 (D. P. 94. 1. 437; S. 96. 1. 31).

[6] Bioche, *op. et v° cit.*, nos 380 et 383. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. cit.*, n° 339. Req. 22 avr. 1807, 29 juill. et 5 nov. 1823, et 23 avr. 1829 (D. A. *v° et loc. cit.*). Civ. rej. 10 mai 1842 (D. A. v° *Obligations*, n° 5303). Req. 21 mai 1855 (D. P. 55. 1. 279). Req. 9 avr. 1856 (D. P. 56. 1. 303). Besançon, 9 avr. 1873 (D. P. 73. 2. 85). Req. 3 févr. 1874 (D. P. 75. 1. 18). Civ. rej. 30 mars 1874 (D. P. 74. 1. 212). Civ. rej. 9 déc. 1874 (D. P. 75. 1. 132). Grenoble, 13 mai 1882 (D. P. 83. 2. 96). S'il y a contradiction dans les faits entre les qualités et les motifs du jugement, ceux-ci, qui sont l'œuvre du juge, prévaudront contre celles-là qui ne sont que l'œuvre des avoués (Paris, 25 févr. 1876, D. P. 76. 2. 233; req. 24 mai 1877, D. P. 78. 1. 125).

[7] Joccotton, *Rédaction des jugements; des points de fait et de droit* (Dans la

désigner assez nettement pour qu'on ne risque pas de les confondre avec d'autres personnes[8]. On dira donc ici, comme pour un exploit[9], que l'omission des prénoms d'une partie est indifférente, si cette partie est suffisamment désignée par son nom[10] — qu'il en est de même de son domicile et de sa profession, si elle n'a pas dans la même commune d'homonyme avec qui on puisse la confondre[11] — qu'une erreur matérielle dans l'indication de son nom n'est pas irritante, lorsqu'elle est réparée par un renvoi approuvé ou par les énonciations du point de fait[12] — et que l'omission du nom d'un avoué n'entraîne pas nullité, s'il est constant que sa partie a été dûment représentée[13]. Enfin, rien n'oblige à reproduire aux qualités les simples requêtes et les notes ex-

Revue critique de législation et de jurisprudence, t. VIII, 1856, p. 44 et suiv.). Voy., en ce sens : 1° quant aux conclusions, c. cass. de Belgique, 18 oct. 1831 et 16 juill. 1832 (D. A. v° *Jugement*, n° 301), req. 21 mai 1834 (D. A. v° *cit.*, n° 303), c. cass. de Belgique, 3 févr. 1835 (D. A. v° *cit.*, n° 301), req. 23 déc. 1835 (D. A. v° *cit.*, n° 303); 2° quant aux points de fait et de droit, req. 14 juin 1808, Agen, 20 juill. 1810 (D. A. v° *cit.*, n° 299), req. 19 janv. 1826 et 1er mai 1832 (D. A. v° *cit.*, n° 304), req. 1er déc. 1824 (D. A. v° *Biens*, n° 79), req. 3 juill. 1834 (D. A. v° *Jugement*, n° 303); req. 10 nov. 1858 (D. P. 59. 1. 40), req. 22 mars 1892 (D. P. 92. 1. 353), civ. rej. 13 nov. 1893 (D. P. 94. 1. 437; S. 96. 1. 31). L'erreur sur la date des conclusions est indifférente si leur identité est certaine, en sorte qu'il n'y ait pas danger de les confondre avec d'autres qui se rapporteraient à une autre instance (Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; req. 10 avr. 1872, D. P. 73. 1. 344). Les inexactitudes, même volontaires, qui seraient constatées dans le point de fait ne constituent pas le crime de faux (Crim. cass. 3 mai 1856; D. P. 56. 1. 271). On peut indiquer les conclusions et les points de fait et de droit en se référant simplement à des actes antérieurs, tels que l'exploit introductif d'instance ou les jugements d'avant faire droit rendus dans la même affaire (Req. 18 mai 1809, civ. rej. 17 mars et 18 août 1829, req. 12 mai 1835 et 7 nov. 1838, D. A. v° *Jugement*, n° 305; on verra au tome VI l'application de cette règle en matière d'appel et de jugement par défaut). La cour de Toulouse a cependant jugé, le 31 janvier 1893, que les qualités doivent reproduire, à peine de nullité, le libellé de l'exploit d'ajournement (D. P. 94. 2. 22; S. 94. 2. 97). Celles des jugements d'expropriation pour cause d'utilité publique doivent contenir la preuve que les formalités légales ont été accomplies, et que le tribunal a été mis à même d'en vérifier l'accomplissement (Civ. cass. 11 déc. 1894; D. P. 95. 1. 322; S. 95. 1. 143).

[8] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 364 et suiv. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boncenne, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. et loc. cit.* Bruxelles, 14 mars 1826 (D. A. v° *cit.*, n° 285). Civ. cass. 27 mai 1840 (D. A. v° *cit.*, n° 296). Civ. rej. 16 déc. 1840 (D. A. v° *cit.*, n° 285).

[9] Voy. t. II, § **575** et suiv.

[10] Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 266. Req. 21 janv. 1862 (D. P. 62. 1. 461).

[11] Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit.* Bruxelles, 12 juill. 1819 (D. A. v° *et loc. cit.*). Req. 28 mai 1834 (D. A. v° *Jugement*, *loc. cit.*).

[12] Req. 15 mai 1839 (D. A. v° *et loc. cit.*). Req. 5 mai 1879 D. P. 79. 1. 468).

[13] Req. 4 mars 1823 (D. A. v° *Avoué*, n° 61). Req. 4 janv. 1825 (D. A. v° *Jugement*, n° 283). Voy., sur la nécessité de se faire représenter par un avoué, t. I, § **217**.

plicatives qui ont pu être échangées[14], ou, à propos d'un incident, les questions de fait et de droit et les conclusions posées sur le fond[15]. Bien plus, par raison d'économie et à peine de rejet de la taxe, le tarif interdit de reproduire les motifs des conclusions dans les qualités, et de rappeler les moyens des parties dans l'exposé des points de fait et de droit[16].

§ **1184**. La première expédition délivrée à la partie qui a gagné le procès, et qui a le droit de poursuivre le jugement, s'appelle grosse, et se distingue des autres par la formule exécutoire qui doit y être apposée à peine de nullité de l'exécution[1]. On appelle formule exécutoire l'ordre que le président de la République donne aux agents de la force publique, de prêter main-forte à l'exécution des jugements. « Les ex-« péditions des arrêts, jugements, mandats de justice, ainsi « que les grosses et expéditions des contrats et de tous autres « actes susceptibles d'exécution forcée[2], seront intitulées « ainsi qu'il suit : *République française; au nom du peuple* « *français*, et terminées par la formule suivante : *En consé-* « *quence, le président de la République française mande et* « *ordonne à tous huissiers sur ce requis de mettre ledit arrêt* (ou « *ledit jugement,* etc.) *à exécution, aux procureurs généraux* « *et aux procureurs de la République près les tribunaux de pre-* « *mière instance d'y tenir la main, à tous commandants et officiers* « *de la force publique de prêter main-forte lorsqu'ils en seront lé-* « *galement requis* »[3]. Je reviendrai sur cette formule au tome IV[4].

[14] Req. 18 août 1874 (D. P. 75. 1. 481).

[15] Bruxelles, 5 mars 1832 (D. A. v° *Jugement par défaut,* n° 62). *A fortiori* peut-on se dispenser de reproduire les questions de droit qui pouvaient se poser à l'occasion du procès, mais que le tribunal n'avait pas besoin de résoudre (Req. 19 mai 1862 ; D. P. 62. 1. 450), et l'omission des conclusions n'entraîne-t-elle pas nullité lorsqu'il est démontré qu'en fait elles n'ont pas été posées (Req. 18 mars 1874 ; D. P. 76. 1. 279).

[16] D. 16 févr. 1807, art. 87. Req. 24 juill. 1840 (D. A. v° *Jugement*, n° 241). Comp., sur cette prescription du tarif, *suprà*, § **1175**, note 3.

§ **1184**. [1] Malapert, *Exposé des principes sur la formule exécutoire* (Dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. XVII, 1860, p. 227 et suiv.). Voy., sur cette nullité, le tome IV de ce Traité.

[2] Quels sont ces actes ? Voy. *ib.*

[3] Cette loi a été rendue en exécution de l'article 146 du Code de procédure : « Les « expéditions des jugements seront intitulées ainsi qu'il a été prescrit par l'acte « des constitutions de l'Empire du 28 floréal an XII » (Voy., sur la valeur des grosses anciennes, c'est-à-dire délivrées au nom d'anciens gouvernements, le tome IV).

[4] Voy. aussi t. I, § **6**.

§ **1185**. Les règles exposées aux §§ **1174** et suivants ne s'appliquent pas aux affaires d'enregistrement et de contributions indirectes, où le ministère des avoués n'est pas admis : il y suffit : 1° de mettre au jugement qu'il a été rendu publiquement, sur le rapport d'un juge, et le ministère public entendu[1]; 2° d'y ajouter la formule exécutoire. Par contre, ces mêmes règles ne sont point particulières aux jugements des tribunaux de première instance, et s'appliquent aussi, dans leur ensemble, à ceux des tribunaux d'exception.

§ **1186**. A. Quant aux tribunaux de commerce, l'article 433 dispose que « seront observées dans la rédaction et « l'expédition des jugements les formes prescrites par les « articles 141 et 146 »[1]. L'application de l'article 138, sur la signature des jugements[2], s'y impose également, car les jugements commerciaux ne peuvent être exempts d'une formalité, à défaut de laquelle toute décision judiciaire est à considérer comme non avenue[3]. Ces jugements ne sont donc affranchis que des règles incompatibles avec le caractère de la procédure commerciale : 1° ils ne mentionnent pas la présence et l'audition du ministère public, puisqu'il n'en existe pas auprès des tribunaux consulaires[4]; 2° le nom des

§ **1185**. [1] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 348. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 597. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Req. 18 août 1842 (D. A. v° *Enregistrement*, n° 3564). Req. 10 nov. 1891 (D. P. 92. 1. 517; S. 92. 1. 103). Req. 16 févr. 1892 (D. P. 93. 1. 517; S. 93. 1. 245). Civ. cass. 23 juin 1896 (D. P. 97. 1. 295; S. 97. 1. 437). Voy., en ce sens, les arrêts précités du 16 février 1892 et du 23 juin 1896, et comp., sur cette procédure, t. I, § **217**, et *suprà*, § **983**. Cette règle n'est cependant pas édictée à peine de nullité, et le jugement dont les qualités auraient été rédigées par un avoué, ou signifiées par la régie avec avenir en règlement, n'est pas, par cela seul, un jugement nul.

§ **1186**. [1] Aussi le défaut de mention des conclusions des parties et des points de fait et de droit, dans un jugement commercial, entraîne-t-il la nullité de ce jugement (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 376; Rennes, 8 sept. 1815, Bruxelles, 27 mai 1818, Rennes, 27 janv. 1834, Nancy, 5 déc. 1836, D. A. *v° cit.*, n° 291; Rouen, 24 avr. 1845, D. P. 47. 2. 201; Montpellier, 26 juin 1849, D. P. 50. 2. 202); mais cette règle doit être entendue aussi largement qu'en matière civile. Par exemple, il importe peu que les conclusions soient relatées dans telle ou telle partie du jugement : elles peuvent n'être reproduites que dans les motifs (Lyon, 20 août 1858, D. P. 59. 2. 64; req. 23 mars 1876, D. P. 77. 1. 487; comp. *suprà*, § **1183**).

[2] Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 592. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* J'ajoute que l'article 18 prescrit expressément au juge de paix de signer ses jugements et de les faire signer par le greffier (Voy. *infrà*, même §), et qu'il n'en peut être autrement en matière commerciale.

[3] Voy., sur ce point, *suprà*, §§ **1165** et **1166**.

[4] Voy. t. I, § **44**.

avoués qui n'y existent pas non plus y est remplacé, dans le cas où une partie a cru devoir se faire représenter, par la mention du pouvoir spécial qu'elle a donné à cet effet, ou de l'autorisation qui résulte de sa seule présence[5]; 3° la procédure relative au règlement des qualités n'y est point observée[6], puisqu'elle consiste dans la rédaction de ces qualités par un avoué et dans l'opposition de son confrère[7]. C'est au greffier que cette tâche incombe : il prend dans l'exploit d'ajournement les énonciations dont il a besoin pour rédiger les qualités[8], ou bien il les reçoit toutes prêtes des mains de l'agréé qui a obtenu le jugement[9]. Cette manière de procéder n'est pas très correcte[10], et pourrait même donner lieu à des surprises si la partie adverse n'avait pas le droit de faire opposition aux qualités jusqu'à l'exécution du jugement. Or elle le peut sans aucun doute, car, ces qualités ne lui ayant pas été communiquées, le droit d'y faire opposition ne peut être renfermé dans un aussi bref délai qu'au civil, où l'avoué qui ne les a pas rédigées les connaît officiellement par la signification qu'il en a reçue[11]. Les tribunaux civils qui ju-

[5] Voy. t. I, § **216**, et *suprà*, § **1022** et suiv.

[6] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 349. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 597. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, p. 242. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 657. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 264. Bonnier, *op. cit.*, n° 956. Spécialement, il n'y a pas lieu de signifier les qualités en matière commerciale (Req. 13 mai 1813, D. A. *v° cit.*, n° 236; Rennes, 2 juill. 1816, D. A. *v° cit.*, n° 163; Bruxelles, 14 mai 1831, D. A. *v° cit.*, n° 236), quand même les conclusions qui y sont reproduites n'auraient pas été préalablement signifiées (Voy., en ce sens, les arrêts précités des 2 juillet 1816 et 14 mai 1831; et, sur la dispense de signifier les conclusions avant l'audience en matière commerciale, *suprà*, § **1028**).

[7] Voy. *suprà*, §§ **1176** et suiv.

[8] D. 6 janv. 1814, art. 1. Carré, *op. et loc. cit.* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bourbeau, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. et loc. cit.* Req. 21 juill. 1890 (D. P. 91. 1. 270, S. 92. 1. 501). Les qualités ainsi rédigées ne doivent pas être portées sur la feuille d'audience. Cette manière de procéder serait : 1° contraire à la loi, car la feuille d'audience ne doit contenir que la partie du jugement qui est l'œuvre personnelle des juges (Voy. *suprà*, § **1164**); 2° incommode dans la pratique, à cause du temps qu'elle prendrait, et des obstacles qu'elle apporterait à la rectification des qualités dans le cas où celle-ci deviendrait nécessaire (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 351).

[9] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 350. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*

[10] Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 265. Bonnier, *op. et loc. cit.*

[11] Bioche, *op. et v° cit.* Rodière, *op. et loc. cit.* La cour de Nîmes a exprimé cette idée sous une autre forme dans un arrêt du 18 juin 1867, d'après lequel les qualités des jugements commerciaux ne font pas foi de leurs énonciations d'une manière absolue, mais seulement jusqu'à preuve contraire (D. P. 68. 5. 266; voy., dans le même sens, Agen, 9 déc. 1896, D. P. 97. 2. 271), et il en est de même de la cour de Riom, dans un arrêt du 24 décembre 1890, d'après lequel

gent en matière commerciale sont assimilés, sous tous ces rapports, aux tribunaux de commerce[12], sauf que, la jurisprudence exigeant la présence et l'audition du ministère public devant les tribunaux civils qui jugent commercialement les causes énumérées à l'article 83, le jugement devra mentionner, à peine de nullité, que le ministère public y a été entendu en ses conclusions[13].

§ **1187**. B. Quant aux juges de paix, l'article 18 dispose que « les minutes de tout jugement seront portées par le « greffier sur la feuille d'audience, et signées par le juge qui « aura tenu l'audience et par le greffier »[1]. J'ajoute : 1° qu'elles devront contenir toutes les indications requises par l'article 141[2], excepté, bien entendu, celle de la présence du ministère public qui n'existe pas en justice de paix[3]; 2° que les qualités seront rédigées par le greffier[4], sauf aux parties à y faire opposition jusqu'à l'exécution du jugement[5]; 3° qu'en

les qualités de ces jugements qui ne sont pas rédigées contradictoirement ne profitent ni ne nuisent aux parties et à leurs mandataires (D. P. 92. 2. 133). Chacune d'elles peut donc exiger la représentation de l'exploit d'ajournement, pour s'assurer que les qualités rédigées par le greffier y sont conformes (Req. 21 juill. 1890; D. P. 91. 1. 270; S. 92. 1. 501).

[12] Bruxelles, 14 mai 1831 (D. A. *v° cit.*, n° 236).

[13] Voy., sur ce point, t. I, § **206**.

§ **1187**. [1] Civ. cass. 22 mai 1895 (S. 96. 1. 244). Le consentement des parties à la prorogation de la compétence du juge de paix ne le dispense pas d'observer l'article 18 (Paris, 19 août 1841, D. A. *v° cit.*, n° 290, voy., sur la prorogation de la compétence des juges de paix, t. II, § **403**).

[2] Civ. cass. 21 avr. 1896 (S. 97. 1. 239). Notamment, celle de la publicité de l'audience : on suivra, à cet égard, les mêmes règles que pour les jugements des tribunaux de première instance (Civ. rej. 12 nov. 1834, D. A. *v° cit.*, n° 200; comp. *suprà*, § **1174**).

[3] Voy. t. I, § **44**.

[4] Ou par le juge (Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 481). Au fond, cela revient presque au même, car le greffier n'aura pas toujours l'expérience nécessaire pour faire seul ce travail, et priera le juge de le lui faciliter en préparant l'exposé des points de fait et de droit. Faut-il porter ces qualités sur la feuille d'audience? Oui, d'après le même auteur : « Elles sont parties intégrantes de « la minute inscrite sur la feuille d'audience; l'expédition d'un jugement de « juge de paix n'est donc que la reproduction de la minute, sans autre addi- « tion que celle de la formule exécutoire » (*Op. et loc. cit.*). On a vu au § précédent, note 8, les inconvénients de cette manière de procéder.

[5] « La conséquence de ce mode de rédaction des qualités sans le concours « des plaideurs, c'est qu'elles ne peuvent ni leur nuire ni leur profiter. Il sera donc « utile de demander acte au juge de paix des aveux et des reconnaissances « échappés à l'audience; la simple énonciation dans les qualités de faits pré- « sentés comme constants ne serait empreinte d'aucune autorité légale » (Bourbeau, *op. et loc. cit.;* comp. l'arrêt de la cour de Nîmes, du 18 juin 1867, cité au § précédent, note 11).

cas d'urgence les juges de paix peuvent ordonner l'exécution de leurs jugements sur la minute, ce qui dispense de les expédier en la forme ordinaire[6]; 4° que leurs jugements d'avant faire droit ne sont pas expédiés et que le coût de l'expédition n'entre pas en taxe, s'ils ont été rendus en présence des parties[7]. Il en est de même des jugements rendus par les conseils de prud'hommes : je crois devoir compléter ainsi : 1° l'article 40 du décret du 11 juin 1809, qui prescrit de porter ces jugements en minute sur la feuille d'audience; 2° l'article 12 de la loi du 1er juin 1853, aux termes duquel ils sont « signés par le président et le secré- « taire »[8].

§ **1188**. II. Dès que le jugement est expédié, la partie qui l'a obtenu procède aux actes conservatoires que la situation comporte : apposition ou levée de scellés, opposition à ce qu'ils soient mis ou levés, intervention dans un partage ou dans une instance judiciaire, confection d'un inventaire[1], et autres mesures qui, n'étant pas encore des actes d'exécution, n'exigent pas la signification préalable dont il sera parlé aux §§ suivants[2]. Spécialement, le créancier en faveur duquel un jugement de condamnation a été rendu se présente au conservateur des hypothèques, et requiert de lui l'inscription de l'hypothèque judiciaire dont il a été parlé au

[6] L. 25 mai 1838, art. 12. Voy., sur cette hypothèse, Bourbeau, *op. cit.*, t. VII, n° 482, et un arrêt de la cour de cassation de Belgique, d'après lequel cette exception à la règle suppose, à peine de nullité, si le jugement n'est pas définitif, qu'il a été rendu en présence des parties (18 mai 1893; D. P. 95. 2. 73). En est il de même en matière civile? Voy. *suprà*, § **1173**

[7] Art. 28. Voy., sur cet article, *infrà*, § **1193**.

[8] La loi du 1er juin 1853 remplace par-là deux dispositions contradictoires du décret du 11 juin 1809, qui disait (Art. 27) que les jugements des conseils de prud'hommes seront signés par le président ou le vice-président et contre-signés par le secrétaire, et (Art. 40) que tous les prud'hommes qui auront siégé au jugement le signeront avec le secrétaire. La loi du 1er juin 1853 est, d'ailleurs, conforme au principe général de l'article 138, à savoir que les jugements ne sont signés que par le président ou par un juge qui le remplace, et par le greffier (Voy. *suprà*, § **1165**). L'article 40 du décret du 11 juin 1809 suppose aussi — et cela va de soi — que le secrétaire tient une feuille d'audience, et y porte en minute les jugements rendus par le conseil (Voy., sur ce point, Mollot, *op. et loc. cit.*).

§ **1188** [1] Voy., sur ces divers actes, les tomes VII et VIII.

[2] Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 607 *bis*. *Quid* des différentes saisies et, particulièrement, de la saisie-arrêt? Voy. *infrà*, le tome IV.

§ **464**[3]. Il doit, pour la rendre opposable aux tiers, remplir cette formalité dans chacun des arrondissements où le débiteur est propriétaire d'immeubles, mais il n'est pas tenu d'indiquer au conservateur la nature et la situation de chacun d'eux, car, dans chaque arrondissement, une seule inscription frappe tous les immeubles présents et à venir du débiteur[4]. Il est cependant un cas où le créancier n'obtient pas immédiatement cette inscription : c'est celui d'une demande principale en reconnaissance ou en vérification d'écriture[5], en vertu de la loi du 3 septembre 1807 qui dispose que, « lorsqu'il aura été rendu un jugement « sur une demande en reconnaissance d'obligation sous « seing privé formée avant l'échéance ou l'exigibilité de « ladite obligation, il ne pourra être pris aucune inscription « hypothécaire, en vertu de ce jugement, qu'à défaut de paie- « ment de l'obligation après son échéance ou son exigibilité, « à moins qu'il n'y ait eu stipulation contraire »[6]. Le législa-

[3] Voy., sur le droit d'inscrire cette hypothèque avant la signification du jugement, Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.;* Riom, 6 mai 1809 (D. A. v° *Privilèges et hypothèques*, n° 1160); Bruxelles, 13 déc. 1810 (D. A. *v° cit.*, n° 1158); civ. rej. 21 mai 1811 (D. A. *v° cit.*, n° 1160); Besançon, 12 août 1811, Rouen, 7 déc. 1812 (D. A. *v° cit.*, n° 1158); req. 3 févr. 1813, Bruxelles, 17 oct. 1816, Toulouse, 24 févr. 1821 (D. A. *v° cit.*, n° 1160); Rouen, 27 mai 1834, Paris, 27 juill. 1840 (D. A. *v° cit.*, n° 1158); Bordeaux, 22 août 1854 (D. P. 55. 2. 123). Aubry et Rau disent également qu'il suffit, pour requérir inscription, de présenter au conservateur des hypothèques l'original ou une expédition authentique du jugement en vertu duquel on agit (*Op. cit.*, t. III, p. 341). Il a même été jugé qu'on peut prendre inscription en vertu d'un jugement qui n'a pas été expédié (Req. 3 juin 1806, Riom, 6 mai 1809, civ. rej. 19 juin 1833; D. A. *v° cit.*, n° 1164), et le fait est qu' « à défaut de représentation du titre, le con- « servateur peut refuser de déférer à la réquisition qui lui est adressée, mais « l'omission de cette formalité n'entraînerait pas la nullité de l'inscription qu'il « aurait consenti à opérer » (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. III, p. 342; voy., dans le même sens, Merlin, *op. cit.*, v° *Inscription hypothécaire*, § V, n° 6, Troplong, *Des privilèges et hypothèques*, t. III, n° 677, Pont, *op. cit.*, t. II, n° 940).

[4] C. civ., art. 2148-5°. Agen, 21 févr. 1814; Liège, 24 févr. 1817; Rouen, 22 mai 1818; civ. cass. 3 août 1819; Metz, 23 avr. 1823; Paris, 23 févr. 1835 (D. A. *v° cit.*, n° 1388). Toutefois, s'il est dit dans l'inscription qu'elle porte « sur les biens « que le débiteur possède dans l'étendue du bureau à l'époque du jugement qui « lui a conféré l'hypothèque », ces expressions peuvent être prises dans un sens limitatif, et considérées comme ayant pour objet de soustraire à l'effet de l'inscription les biens que le débiteur pourra ultérieurement acquérir (Req. 21 nov. 1827, D. A. *v° cit.*, n° 1389; voy. encore, sur l'effet de l'inscription quant aux biens à venir, req. 5 nov. 1873, D. P. 74. 1. 373, req. 26 févr. 1883, D. P. 84. 1. 194).

[5] Voy., sur cette demande, *suprà*, § **1124**.

[6] Art. 1. Cette disposition est applicable aux dettes à échéance successive, telles que les loyers et fermages : l'inscription prise en vertu d'un jugement portant

teur a cru empêcher ainsi le créancier à terme de se procurer immédiatement, malgré son débiteur, l'hypothèque qu'il n'avait pu obtenir de lui ou qu'il avait négligé de lui demander, mais la stipulation contraire, imprudemment permise, est devenue de style[7] : les prêteurs ne font habituellement crédit aux emprunteurs que s'ils consentent, au cas où ils seraient poursuivis en reconnaissance ou en vérification d'écriture, à ce que l'hypothèque judiciaire soit inscrite dès que le jugement qui la produit sera rendu[8].

§ **1189**. III. Les mesures conservatoires sont les seules qu'on puisse prendre dès le prononcé du jugement. En règle générale, il n'est réputé connu qu'après avoir été signifié, d'où ces deux conséquences : 1° que le délai qu'on a pour l'attaquer ne court qu'à dater du jour où il a été signifié par

reconnaissance d'un bail sous seing privé ne peut donc avoir effet que pour les termes échus, et doit être renouvelée à chaque échéance non payée pour les termes qui restent à courir (Nimes, 23 févr. 1829; D. A. *v° cit.*, n° 1182). Par contre, la loi du 3 septembre 1807 ne s'applique pas : 1° s'il y a convention contraire (Voy. les deux notes suivantes); 2° lorsqu'un débiteur assigné en reconnaissance d'écriture ne méconnaît pas sa signature, et plaide seulement la nullité de son obligation : d'une part, le jugement qui intervient alors n'est pas un jugement de reconnaissance; d'autre part, il contient le germe d'une condamnation; il emporte donc hypothèque judiciaire (Amiens, 6 août 1841, D. A. *v° cit.*, n° 1183; voy., sur le principe qu'il suffit d'une condamnation contenue en germe dans le jugement pour emporter hypothèque judiciaire, *suprà*, § **1123**). La loi du 3 septembre 1807 ne s'appliquerait pas non plus si le débiteur avait déjà diminué les sûretés qu'il a données par le contrat à son créancier : il aurait ainsi perdu le bénéfice du terme (C. civ., art. 1188), et, par conséquent, le jugement rendu contre lui se rapporterait, en réalité, à une dette échue. J'aurai l'occasion de revenir, au tome IV, sur cette cause de déchéance du bénéfice du terme.

[7] Cette hypothèque déroge doublement aux articles 2127 et 2129 du Code civil : 1° c'est une hypothèque générale conventionnelle; 2° c'est une hypothèque conventionnelle établie par acte sous seing privé (Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. IX, n° 87 *bis*-V). Un acte sous seing privé par lequel le débiteur, contractant une obligation à terme, déclarerait seulement qu' « il affecte et hypothèque ses « biens au montant de cette obligation », ne produirait pas le même effet (Pau, 22 mai 1834; D. A. *v° cit.*, n° 1185).

[8] On a signalé dans la loi du 3 septembre 1807 une autre lacune. Le créancier qui est porteur d'un acte authentique ne peut agir qu'à défaut de paiement à l'échéance, et n'obtient jugement, quelque diligence qu'il fasse, qu'après quelques jours; au contraire, le créancier muni d'un simple titre sous seing privé a pu agir en reconnaissance ou en vérification d'écriture et obtenir jugement avant l'échéance, puis faire inscrire le jour même où l'échéance a sonné l'hypothèque qui résulte de ce jugement : un titre authentique se trouve ainsi valoir, à ce point de vue, moins qu'un titre sous seing privé. Cet inconvénient disparaît, si l'on admet avec moi (Voy. *suprà*, § **1124**) que le porteur d'un acte authentique peut, comme celui d'un titre sous seing privé, former avant l'échéance une demande principale en reconnaissance ou en vérification d'écriture.

la partie qui a obtenu le jugement à celle qui le subit[1]; 2° qu'il ne peut être mis à exécution avant d'avoir été signifié[2]. Cette application de la règle « *Paria sunt non esse* « *et non significari*[3] » se justifie par deux considérations : 1° la partie condamnée et son avoué ont besoin d'étudier le texte du jugement pour savoir comment il faut l'exécuter, et ce qui vaut le mieux de s'y soumettre ou de l'attaquer; 2° cette partie peut croire que sa condamnation n'est qu'une menace; il est donc utile de l'avertir avant d'en poursuivre l'exécution, pour qu'elle puisse prendre les devants et s'exécuter spontanément[4]. Il peut même arriver, par surcroît de précaution, qu'une seule signification ne suffise pas. C'est ainsi : 1° que les délais de l'appel et de la requête civile qui ont couru après la signification du jugement sont suspendus par la mort de la partie condamnée, et ne reprennent leur cours qu'en vertu d'une nouvelle signification faite à ses héritiers collectivement[5]; 2° que les jugements rendus contre une partie et déjà signifiés ne peuvent être exécutés, après son décès, contre ses héritiers qui sont présumés les ignorer, qu'après une nouvelle signification qui leur sera faite à personne ou à domicile[6]. On verra même au tome

§ **1189.** [1] Voy., sur l'application de cette règle, le tome VI.

[2] Voy., sur la sanction de cette règle, *infrà*, même §.

[3] Voy. t. II, § **583**. La preuve de la signification des jugements peut-elle résulter de la mention qui en est faite sur les registres de l'enregistrement, ou des énonciations contenues dans un acte postérieur : si, par exemple, il y est dit qu'un jugement a acquis l'autorité de la chose jugée faute d'avoir été attaqué dans les délais légaux? Voy., en ce sens, req. 2 févr. 1859 (D. P. 59. 1. 264); et, sur la question de savoir si la preuve des exploits, en général, peut résulter de circonstances extérieures, t. II, § **609**. La signification s'entend-elle nécessairement du jugement tout entier? Oui (Bastia, 2 avr. 1855; D. P. 55. 2. 323), à moins qu'il ne contienne plusieurs chefs susceptibles d'une exécution séparée : il suffit alors de signifier par extrait celui qu'on veut exécuter, en faisant toutes ses réserves quant aux autres (Paris, 22 juill. 1852; D. P. 53. 2. 8).

[4] Toute signification qui n'est pas faite en vue de l'un ou de l'autre de ces deux buts est frustratoire (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 429).

[5] Art. 447 et 448 (Voy., sur ces deux points, le tome VI). *Quid* du pourvoi en cassation? Voy. *ib.*

[6] L'article 877 du Code civil, qui prescrit cette formalité, ne s'applique ni au cas où le titre a été déclaré exécutoire contre l'héritier lui-même (Bruxelles, 15 mess. an XIII; D. A. v° *Successions*, n° 1328), ni au cas où l'on agit contre l'héritier par action principale : on doit, naturellement, lui signifier le jugement rendu contre lui avant d'en poursuivre l'exécution, mais on n'est pas tenu d'attendre, pour l'exécuter, le délai de huit jours qui est fixé par cet article (Rennes, 22 nov. 1816, req. 7 févr. 1822, D. A. v° *Jugement*, n° 510; req. 6 mai 1823, civ. cass. 9 août 1841, D. A. v° *Rentes constituées*, n° 165). L'article 877 n'inter-

VI de ce Traité que les délais pour attaquer les jugements qui donnent tort aux deux parties ne courent contre chacune d'elles qu'en vertu d'une signification qui lui est faite.

§ **1190**. En principe, tous les jugements doivent être signifiés à avoué[1] dans la forme ordinaire des actes d'avoué à avoué[2], et par le ministère des huissiers audienciers[3]. S'il y a plusieurs parties représentées chacune par un avoué, autant il y a d'avoués autant il faut faire de significations; il suffit d'en faire une, si le même avoué représente toutes les parties[4]. Si l'avoué est décédé ou a cessé de postuler, la si-

dit pas non plus de signifier les jugements rendus contre le défunt pendant le délai qu'a l'héritier pour faire inventaire et délibérer (Voy. t. II, § **771**, note 12). Par contre, la nouvelle signification qu'il exige est requise à peine de nullité de l'exécution, suivant le principe général qui sera posé *infrà*, même § (Rennes, 5 juill. 1817, D. A. v° *Vente publique d'immeubles*, n° 271; Paris, 19 avr. 1839, D. A. *v° cit.*, n° 283). Cette nullité est encourue (Voy. t. II, § **220**, note 22) dans le cas même où l'héritier qui n'a pas reçu signification aurait personnellement connu, et d'une façon positive et incontestable, le titre qui ne lui a pas été signifié (Pau, 3 sept. 1829, D. A. v° *Successions*, n° 1327; *contrà*, Angers, 21 mars 1834, D. A. v° *Jugement*, n° 512, Limoges, 29 avr. 1869, D. P. 69. 2. 214). L'article 877 s'applique-t-il à la saisie-arrêt? Le commandement à fin de saisie immobilière est-il un acte d'exécution, ou peut-il être signifié avant que le titre en vertu duquel la saisie immobilière est pratiquée ait lui-même été signifié à l'héritier? Voy., sur ces deux points, le tome IV.

§ **1190**. [1] Même les jugements d'avant faire droit, sauf les exceptions qui seront ci-après déterminées (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 434 et suiv.; Rennes, 13 janv. 1831, D. A. v° *Délai*, n° 118; Bordeaux, 30 nov. 1831, D. A. v° *Jugement*, n° 459; Paris, 10 août 1838, D. A. *v° cit.*, n° 521; Bruxelles, 28 nov. 1838, D. A. *v° cit.*, n° 483; civ. cass. 6 févr. 1894, D. P. 94. 1. 155, S. 98. 1. 279), et, particulièrement, ceux qui, en rejetant une exception d'incompétence, ordonnent de plaider au fond (Poitiers, 16 janv. 1838, D. A. v° *Action possessoire*, n° 47; Liège, 16 janv. 1849, D. P. 49. 2. 234). Même règle pour les jugements définitifs qui portent qu'ils seront exécutés dans un certain délai à partir de leur prononcé (Limoges, 13 mars 1850, D. P. 54. 5. 334; civ. rej. 16 févr. 1859, D. P. 59. 1. 53; civ. rej. 6 avr. 1859, D. P. 59. 1. 223). Le tribunal peut-il, du consentement des avoués et dans une matière qui n'est pas d'ordre public, déclarer que le prononcé du jugement en présence des avoués vaut signification? La cour de Bruxelles l'a jugé par arrêt du 27 mars 1839 (D. A. *v° cit.*, n° 477), mais cette solution n'est pas conforme à l'article 147 : si quelques jugements sont exempts de cette formalité, cela tient à leur caractère particulier (Voy. *infrà*, même §), et cela ne dépend pas de la volonté du juge qu'aucun texte n'autorise à les en dispenser. Le paiement des frais sans l'autorisation formelle de la partie condamnée, et la reproduction en tête d'un commandement du texte d'un jugement confirmé, avec mention sommaire de l'arrêt confirmatif, peuvent-ils tenir lieu de signification? Voy., pour la négative sur ces deux points, civ. cass. 8 août 1893 (D. P. 94. 1. 433, voy. *ib.* le rapport de M. le conseiller Roussellier et la note de M. Glasson; S. 96. 1. 438).

[2] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 442. Voy., sur cette forme, t. II, § **612**.

[3] Voy. t. I, § **225**.

[4] Arg. art. 97 (Voy. *suprà*, § **980**). Aj. Bioche, *op. et v° cit.*, n° **444**.

gnification à partie suffira, mais elle fera mention du décès ou de la cessation des fonctions de l'avoué[5]. Cette formalité a un double but : 1° si le jugement ne doit pas être signifié à la partie, elle n'en pourra être instruite que par son avoué, qui lui-même ne le connaîtra légalement que par la signification à lui faite; 2° si le jugement est de ceux qu'on signifie à partie, la signification faite à l'avoué mettra celui-ci à même d'étudier le jugement, et de donner avec compétence à son client les conseils qu'il ne manquera pas de lui demander. Faute de signification à avoué, les délais pour attaquer le jugement ne courent pas[6], et les actes d'exécution sont nuls[7]. Il n'y a d'exception à ce principe que pour les jugements d'instruction qui se rendent au cours d'une audience, décisions forcément connues de l'avoué, et, d'ailleurs, tellement simples qu'on en comprend du premier coup le sens et la portée[8] :

[5] Voy., sur ce point, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 452; Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 613; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*

[6] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 455. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 608 *bis*. Boncenne, *op. cit.*, t. II, p. 452 et suiv.

[7] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 432 et 451. Chauveau, *op. et loc. cit.* Boncenne, *op. cit.*, t. II, p. 451. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 308. Rodière, *op. cit*, t. I, p. 270. Bonnier, *op. cit.*, n° 352. Paris, 28 févr. 1852 (D. P. 54. 5. 454).

[8] L'article 94 le dit formellement pour les jugements de délibéré (Voy. t. II, § **689**). Il faut en dire autant de celui qui donne acte à un avoué de sa constitution à l'audience (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 439; Poitiers, 6 avr. 1837, D. A. v° *Jugement par défaut*, n° 179), et de tous ceux qu'un arrêt de la cour de cassation (Civ. rej. 17 déc. 1888; D. P. 89. 1. 465) qualifie de « décisions d'ordre « intérieur ». On n'a cependant pas le droit de dire que tous les jugements qu'on est dispensé de lever puissent être exécutés sans signification : autre chose est la dispense de lever, autre chose celle de signifier, car on conçoit très bien qu'un jugement soit signifié sans avoir été préalablement levé : il suffit, pour cela, d'en signifier la minute (Voy., sur les jugements qu'il n'y a pas lieu de lever, *suprà*, § **1173**). Il a encore été jugé : 1° que la signification à avoué n'est requise que dans les instances où le ministère des avoués est obligatoire (Civ. rej. 19 juill. 1837, D. A. v° *Expert*, n° 23; voy., sur les cas où les parties peuvent se passer de ce ministère, t. I, § **217**); 2° que les jugements préparatoires rendus en la présence dûment constatée de l'avoué peuvent ne lui être pas signifiés (Civ. cass. 6 févr. 1894; D. P. 94. 1. 155; S. 98. 1. 279); 3° que la signification préalable à l'exécution n'est utile qu'à l'encontre de la partie à laquelle le jugement à exécuter impose une obligation, et que la partie qui a succombé n'est pas tenue de signifier le jugement dont elle poursuit l'exécution contre la partie qui a obtenu gain de cause : ainsi, lorsqu'une partie a vu rendre malgré ses conclusions un jugement qui déclare que le tribunal saisi n'était pas compétent, elle n'a pas besoin de signifier ce jugement avant de l'exécuter en saisissant elle-même un autre tribunal (Req. 24 mai 1864; D. P. 64. 1. 306). Aj., sur les jugements qu'on n'est pas tenu de signifier à avoué, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 430; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 608 *bis*; Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 269; Bruxelles, 7 nov. 1832 (D. A. v° *Jugement*, n° 483).

tels sont ceux qui accordent ou refusent une remise ou un sursis[9], ordonnent de plaider au fond[10], prescrivent l'apport ou la communication d'une pièce[11]. La partie en faveur de laquelle ils sont rendus peut donc en poursuivre l'exécution sans les avoir préalablement signifiés, et cette formalité n'est utile que pour faire courir le délai pendant lequel la partie contre laquelle ils ont été rendus a le droit de les attaquer[12]. Quant à permettre l'exécution, sans signification préalable, des jugements soumis à cette formalité, je ne crois pas que les tribunaux de première instance y soient fondés, et je l'ai implicitement démontré en établissant qu'ils ne peuvent ordonner l'exécution de leurs jugements sur la minute[13].

§ **1191**. On doit signifier à partie[1], dans la forme ordinaire des exploits[2] et à personne ou à domicile[3] : 1° tous les jugements rendus contre un plaideur dont l'avoué est décédé ou a cessé ses fonctions, et qui ne peut dès lors connaître le jugement que par une signification faite à lui personnelle-

[9] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 441.

[10] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 439. Poitiers, 6 avr. 1837 (D. A. v° *Jugement par défaut, loc. cit.*). Req. 5 juin 1850 (D. P. 50. 1. 233).

[11] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 440. Poitiers, 1er juin 1832 (D. A. v° *Exceptions*, n° 504).

[12] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 430. Le projet de 1894 généralise cette règle, et, sauf le cas de défaut réservé pour le tome VI, supprime la signification de tous les jugements d'avant faire droit (P. 68).

[13] Voy., sur ce point, *suprà*, § **1173**. Aj. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 450; Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 608 *ter*.

§ **1191**. [1] La signification à partie n'existe plus en Allemagne (Voy. le Code du 30 janvier 1877, art. 288 cbn. 162 à 164, trad. Glasson, Lederlin et Pierre Dareste, p. 65 et 107) et en Italie (Voy., sur ce point, *ib.*, p. 107, note 1). La commission de 1865 avait agité la question de la supprimer, mais décidé finalement de la maintenir. « On a répondu (aux partisans de sa suppression) « que la partie ne devait pas être exposée aux conséquences parfois fatales de « l'incurie ou de la connivence d'un avoué négligent ou corrompu, qu'il fallait lui « donner le moyen de prendre près de qui bon lui semblerait des conseils sur « le mérite du jugement, et qu'en réalité la signification d'une seule et unique « copie à l'avoué n'entraînait pas des frais assez considérables pour enlever à la « partie les avantages incontestables d'une signification faite à elle ou à son do- « micile » (Greffier, *op. cit.*, p. 29). Le projet de 1894 la supprime cependant (P. 51).

[2] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 453. Voy., sur la forme des exploits en général, t. II, §§ **571** et suiv.

[3] Si un avoué occupait dans sa propre cause, la signification à partie se confondrait avec la signification à avoué (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 433), mais elle devrait lui être faite à domicile (Civ. cass. 26 janv. 1841; D. A. v° *Jugement*, n° 491).

ment[4]; 2° les jugements définitifs ou d'avant faire droit[5] qui prononcent des condamnations contre lui : ceux-là l'intéressent plus directement, et la signification qu'il en reçoit l'invite à prévenir la saisie en payant la somme à laquelle il est condamné[6]; 3° les jugements d'avant faire droit qui ordonnent qu'une partie prêtera serment, ou qu'elle comparaîtra en personne[7]. J'ajoute ici à la loi qui ne prescrit pas de signifier ces jugements à partie; mais cette addition est généralement admise, car, s'il est utile de signifier ainsi les jugements de condamnation, il en est de même de ceux qui ordonnent à une partie de se présenter en personne à telle audience pour prêter serment, ou pour répondre aux questions qui lui seront adressées[8]. La signification se répète autant de fois qu'il y a de parties[9]; elle relate la signification

[4] Voy. *suprà*, même §.

[5] L'article 147 dit *les jugements provisoires et définitifs*, mais un jugement d'avant dire droit qui ne serait pas provisoire pourrait prononcer une condamnation : ce serait, par exemple, un jugement interlocutoire qui statuerait définitivement sur quelque point (Voy. *suprà*, § **1046**), ou qui condamnerait d'ores et déjà aux dépens de l'incident la partie contre laquelle il serait rendu (Voy. *suprà*, § **1104**).

[6] La condamnation pécuniaire que je suppose est le cas le plus fréquent, mais ce n'est qu'un exemple : doit être signifié à domicile tout jugement qui ordonne une mesure dirigée contre une partie personnellement. Ainsi les jugements d'interdiction, de nomination d'un conseil judiciaire, de séparation de corps ou de biens, et généralement tous ceux qui sont rendus sur des questions d'état, doivent être signifiés à partie (Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 609 ; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*), et la cour de cassation a déclaré nulle la nomination d'un tuteur à un interdit en vertu d'un jugement qu'on avait exécuté, sans le signifier à ce dernier, en convoquant immédiatement le conseil de famille (Civ. cass. 13 oct. 1807; D. A. v° *Interdiction*, n° 154). Voy., sur le cas d'une partie qui avait eu gain de cause contre une seconde et succombé contre une troisième, Paris, 21 janv. 1870 (D. P. 70. 2. 46).

[7] Toutefois, si cette partie, présente à l'audience, a immédiatement prêté serment ou répondu aux questions du président, elle a par-là même acquiescé, et ne peut plus opposer le défaut de signification (Civ. rej. 10 mai 1842; D. A. v° *Obligations*, n° 5303).

[8] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 447 et 448. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 607. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boncenne, *op. cit.*, t. II, p. 459. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 269. Bonnier, *op. cit.*, n° 349. *Contrà*, Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 305; req. 1er avr. 1817 (D. A. v° *Jugement*, n° 496). D'ailleurs, les trois sortes de jugements qui viennent d'être énumérées sont les seules qu'il y ait lieu de signifier à partie : dans tous les autres cas il suffit de signifier à avoué (Turin, 1er févr. 1811, D. A. *v° cit.*, n° 502; req. 16 juin 1846, D. P. 46. 1. 364; voy. notamment, pour le jugement qui ordonne une enquête, civ. rej. 25 juill. 1893, D. P. 93. 1. 545, S. 94. 1. 89).

[9] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 458 et suiv. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 307. Paris, 29 juin 1813 (D. A. *v° cit.*, n° 494). Aix, 15 juin 1840 (D. A. v° *Droit maritime*, n° 2227). Si la partie condamnée a figuré au procès

à avoué[10]. Elle se fait, indifféremment, au domicile réel de la partie ou au domicile élu par elle dans la convention litigieuse, car l'article 111 du Code civil autorise à faire à ce dernier domicile toutes les « significations, demandes et pour-« suites » qui se réfèrent à cette convention[11], et j'ai suffisamment réfuté au § 1121 l'opinion d'après laquelle le jugement opèrerait novation dans les rapports des parties, remplacerait par un lien nouveau celui que leur convention primitive avait formé, et supprimerait ainsi les effets de l'élection de domicile qui y est contenue[12].

en plusieurs qualités, le jugement ne doit lui être signifié qu'une seule fois (Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*). Le jugement rendu contre un mineur doit-il être signifié non-seulement à son tuteur mais encore à son subrogé tuteur? La cour de Paris a résolu cette question affirmativement par application de l'article 444 (10 août 1838, D. A. v° *Jugement*, n° 521; voy., sur cet article, le tome VI).

[10] Elle peut être jointe au commandement qui précède généralement l'exécution (Voy., sur ce point, le tome VI), mais ces deux actes demeurent distincts, bien que faits par le même exploit, et celui-ci peut être valable comme signification et nul comme commandement (Metz, 12 févr. 1818; D. A. v° *cit.*, n° 491).

[11] Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 608. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 310. Bruxelles, 30 mars 1807; Turin, 8 juin 1810 (D. A. v° *Domicile élu*, n° 91). Aix, 1er févr. 1838 (D. A. v° *cit*, n° 93). *Contrà*, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 457; Carré, *op. et loc. cit.*; Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 270; Bonnier, *op. et loc. cit.*; Colmar, 10 févr. 1809, Turin, 29 nov. 1809, Agen, 6 févr. 1810, Colmar, 20 mars 1810 (D. A. v° *cit.*, n° 89); req. 27 mars 1811 (D. A. v° *cit.*, n° 102); civ. cass. 22 juin 1824 (D. A. v° *Effets de commerce*, n° 265); civ. cass 24 janv. 1865 (D. P. 65. 1. 74); Paris, 6 nov. 1897 (D. P. 98. 2. 60). Je réserve la question de savoir si la signification faite au domicile élu fait courir le délai d'appel (Voy. le tome VI), et je rappelle que, l'élection de domicile étant toujours présumée faite en faveur du créancier, il peut y renoncer et, par conséquent, signifier au domicile réel de son débiteur le jugement qu'il a obtenu contre lui, tant qu'il n'est pas démontré que ce dernier a élu domicile ailleurs dans son propre intérêt ou dans un intérêt commun entre lui et le créancier (Rennes, 18 déc. 1820, D. A. v° *Domicile élu*, n° 17; voy., sur l'élection de domicile, t. II, § 480). *Quid* de l'élection de domicile faite par un huissier sans pouvoir spécial? Voy. Paris, 2 juill. 1829 (D. A. v° *cit.*, n° 105); Rouen, 11 févr. 1830 (D. A. v° *cit.*, n° 104).

[12] Deux points ne font pas difficulté : 1° l'élection d'un domicile où les jugements d'avant faire droit pourront être signifiés ne s'étend pas au jugement définitif, et ne dispense pas de le signifier au domicile réel (Montpellier, 10 juin 1852; D. P. 53. 5. 19); 2° la signification au domicile élu est valable, si la partie qui l'a élu a en même temps notifié qu'elle tiendrait pour bonnes toutes les significations qui y seraient faites (Orléans, 3 juin 1817, D. A. v° *cit.*, n° 91; req 2 fevr. 1826, Bordeaux, 29 août 1828, D. A. v° *cit.*, n° 104). La commission de 1865, qui s'est posé la question de savoir si la signification du jugement peut être faite au domicile élu, l'a résolue négativement « par ce motif que, si l'é-« lection de domicile peut être dévolutive de compétence au tribunal du domi-« cile élu, et attributive de la faculté d'assigner à ce domicile, il serait contraire « à l'esprit de l'article 147 d'étendre les effets de cette élection à la signification « d'un jugement emportant des condamnations pour lesquelles une interpella-« tion directe à la partie est désirable. Il ne faut pas que, par suite d'une sur-« prise ou d'une négligence, un jugement acquière l'autorité de la chose jugée,

§ **1192**. La loi ne s'est pas expliquée sur la sanction de ces formalités, et n'a pas dit qu'elles fûssent prescrites à peine de nullité : la mention de la signification à avoué dans l'exploit qui contient la signification à partie[1] n'a certainement rien de substantiel et, par conséquent, d'irritant[2]; mais le fait même de la signification à partie est requis à peine de nullité. Cette formalité est substantielle, étant donné les motifs qui viennent d'en être indiqués; d'ailleurs, on ne comprendrait pas que la peine de nullité n'y fût pas attachée quand la signification à avoué est exigée sous cette sanction[3]; enfin, l'article 1030, qui défend de suppléer les nullités de procédure, est hors de cause, puisqu'il ne s'applique jamais aux jugements[4]. Reste à savoir si l'article 147 prescrit, sous la même sanction, que la signification à avoué précède la signification à domicile : quelques auteurs l'ont pensé, disant que la signification à avoué vient nécessairement la première, puisque la signification à partie doit en faire mention[5]. Je conviens qu'il faut procéder ainsi pour se conformer absolument à l'esprit de la loi, et je crois que l'huissier qui signifie à partie engagerait sa responsabilité en affirmant dans son exploit l'existence d'une signification à avoué qui n'aurait pas encore été faite[6]; mais je n'admets pas que cette irrégularité entraîne la nullité des actes d'exécution auxquels il a été pro-

« et la signification à la personne ou au domicile réel peut seule mettre la partie « condamnée à l'abri de ce danger » (Greffier, *op. cit.*, p. 20). La question ne se posera bientôt plus si la signification à partie est entièrement supprimée (Voy. *suprà*, note 20).

§ **1192**. [1] Dans le cas prévu par l'article 148 : « Si l'avoué est décédé ou a « cessé de postuler » (Voy. *suprà*, § **1190**).

[2] Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 613. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*

[3] Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, quest. 308. Rodière, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. cit.*, t. I, n° 351. Civ. cass. 14 juill. 1830 (D. A. v° *Jugement*, n° 498). Civ. cass. 8 août 1893 (D. P. 94. 1. 433; S. 96. 1. 438, voy. *ib.* le rapport de M. le conseiller Roussellier). Cette nullité se couvre, d'ailleurs, par l'acquiescement de la partie condamnée (Req. 30 déc. 1823, D. A. *v° cit.*, n° 506; req. 14 févr. 1828, D. A. *v° cit.*, n° 501; req. 10 déc. 1849, D. P. 54. 5. 333; civ. rej. 28 mai 1872, D. P. 72. 1. 247). Le tout, sans préjudice de la responsabilité de l'huissier qui exécuterait un jugement avant qu'il eût été signifié (Dijon, 9 août 1894, D. P. 95. 2. 365, S. 97. 2. 206; voy., sur cette responsabilité en général, t. II, § **508**).

[4] Ni à l'omission des formalités substantielles (Voy., sur ces deux points, t. II, §§ **502** et **504**).

[5] Boncenne, *op. cit.*, t. I, p. 452 et suiv. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 306.

[6] Voy., sur la responsabilité de l'huissier, t. II, § **508**.

cédé : qu'y a-t-il ici de substantiel, et où serait le mal que la signification à avoué eût suivi, au lieu de la précéder, la signification à partie[7]?

§ **1193**. Ces règles s'appliquent, dans leur ensemble, aux jugements rendus par les tribunaux d'exception : ils ne peuvent recevoir exécution avant d'avoir été signifiés, et les délais des voies de recours dont ils sont susceptibles ne courent qu'à compter du jour de leur signification[1]. C'est ce que supposent : 1° l'article 28, qui supprime exceptionnellement l'expédition et la signification de certains jugements des juges de paix[2]; 2° l'article 422, qui détermine le lieu où les jugements devront être signifiés en matière commerciale[3]; 3° le décret du 11 juin 1809, qui donne la signification pour point de départ au délai après lequel les jugements des conseils de prud'hommes deviennent exécutoires[4]. Les différences qui existent, sous ce rapport, entre les jugements des tribunaux de première instance et ceux des tribunaux d'exception se réduisent à trois. 1° Les premiers doivent être signifiés à avoué dans le cas même où ils ne doivent pas l'être à partie[5], au lieu que les jugements des tribunaux d'exception, près desquels il n'y a pas d'avoués[6], ne sont jamais signifiés qu'à partie[7]. Je rappelle, à cette occasion, qu'aux termes de l'article 422 précité les parties en instance devant un tribunal de commerce au siège duquel elles ne sont pas domiciliées

[7] Art. 147. Favard de Langlade, *op. cit.*, v° *Jugement*, sect. II, § I, n° 9. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 608 *bis*. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit.*

§ **1193**. [1] La règle « *Paria sunt non esse et non significari* » est une règle absolue, et qui n'admet d'exception qu'en vertu d'un texte formel (Voy. t. II, § **583**).

[2] Voy. *suprà*, § **991**, et *infrà*, même §.

[3] Voy. *suprà*, § **1027**, et *infrà*, même §.

[4] Art. 27.

[5] Voy. *suprà*, § **1190**.

[6] Voy. t. I, § **216**.

[7] Si les parties en instance devant ces tribunaux ont choisi un représentant et élu domicile chez lui par convention, les significations qui doivent leur être faites à personne ou à domicile pourront-elles être faites chez ce mandataire? J'ai admis l'affirmative au § précédent, mais j'ajoute ici qu'un avoué, choisi comme mandataire dans ces instances, y figurerait avec un caractère purement privé, et que l'élection de domicile n'aurait pas lieu de plein droit dans son étude.

doivent, toutes les fois que l'affaire n'est pas jugée à la première audience, élire au siège du tribunal un domicile où les significations leur seront faites ; faute de quoi elles auront de droit domicile élu au greffe, où toute signification pourra leur être faite, même celle du jugement définitif[8]. 2° Les jugements d'avant faire droit des juges de paix ne sont pas signifiés lorsqu'ils ont été rendus en présence des parties : la preuve, c'est qu'ils ne doivent pas être expédiés, et que, s'ils ordonnent une opération à laquelle les parties doivent assister, leur prononcé vaut citation[9]. 3° Si les tribunaux de première instance n'ont pas le droit d'ordonner l'exécution de leurs jugements sur la minute et, par conséquent, sans signification préalable[10], les tribunaux de commerce ne l'ont pas davantage, car aucun texte ne le leur confère ; mais il en est autrement : 1° des juges de paix, pour lesquels il existe en ce sens une loi formelle[11] ; 2° des conseils de prud'hommes, que le décret du 11 juin 1809 autorise à ordonner, dans les cas urgents, « telles mesures qui seront jugées nécessaires pour « empêcher que les objets qui donnent lieu à une réclama- « tion ne soient enlevés, ou déplacés, ou détériorés »[12].

§ **1194**. IV. Une dernière formalité, purement fiscale par son but et par sa sanction, c'est l'enregistrement auquel tous les jugements sont soumis : ils sont même frappés de trois droits, dont deux peuvent se cumuler[1] 1° Un droit proportionnel « de condamnation » de 62 centimes 1/2 pour 100 avec les décimes, perçu sur les jugements des tribunaux de première instance et de commerce et des juges de paix, qui portent condamnation[2], colloca-

[8] Voy. *suprà*, § **1027**.

[9] Art. 28. Voy., sur l'application de cet article, civ. rej. 2 juill. 1872 (D. P. 74. 1. 398).

[10] Voy. *suprà*, § **1190**.

[11] L. 25 mai 1838, art. 12 (Voy. *suprà*, § **1173**).

[12] Art. 28. Voy., sur cet article, Binot de Villiers, *op. cit.*, n° 28.

§ **1194**. [1] L. 22 frim. an VIII, art. 20, 37, 68, § 1-46° 47° et 48°, § 3-7°, § 6-2° ; 69, § 2-9°, § 5-8°. L. 27 vent. an IX, art. 11. L. 28 avr. 1815, art. 38, 44-9° 10°, 45-5°, 46-1° 2° 3° et 48-2°. L. 3 mai 1841, art. 58. L. 22 janv. 1851, art. 14 et 18. L. 28 févr. 1872, art. 4.

[2] « Il y a condamnation, *hoc sensu*, toutes les fois qu'un jugement ordonne « à une personne de faire ou de ne pas faire tel ou tel acte, de telle sorte « qu'il forme le titre en vertu duquel la partie qui a gagné son procès peut

tion[3] ou liquidation[4] de sommes et valeurs mobilières, intérêts et dépens entre particuliers; il s'élève à 2 francs 50 centimes pour les jugements qui condamnent à des dommages-intérêts[5]. 2° Un droit fixe, qui varie, décimes compris, d'1 franc 87 centimes 1/2 à 93 francs 75 centimes, est établi sur tous les jugements qui ne sont pas soumis au droit proportionnel[6]. 3° Un droit de titre, qui se cumule soit avec le droit fixe soit avec le droit proportionnel, est perçu à l'occasion de tous les jugements qui constatent l'existence d'une convention non enregistrée ou susceptible de l'être[7]. L'enregistrement se fait sur la minute[8] : le greffier doit la présenter au bureau du receveur dans les vingt jours, si les parties ont consigné entre ses mains les fonds nécessaires pour le paiement des droits; dans le cas contraire, il fournit au receveur un extrait certifié, au vu duquel la régie poursuit le recouvrement des droits contre les personnes qui doivent les supporter[9]. Le greffier qui néglige de remplir ces formalités dans le délai prescrit encourt une amende qui est, dans le premier cas, d'une somme égale au montant du droit, dans le second, d'autant de fois 10 francs

« contraindre l'autre à l'exécution » (Naquet, *Des droits d'enregistrement*, t. II, n° 718). Il n'est pas nécessaire qu'il prononce cette condamnation en termes catégoriques, et que ce mot se trouve dans le dispositif. Il suffit que cela résulte de l'ensemble de la décision et du but même de la procédure : c'est condamner le débiteur que de déclarer qu'il sera tenu de verser ou de rembourser, ou que le créancier sera autorisé à toucher (Naquet, *op. cit.*, t. I, n° 720).

[3] Voy., sur les jugements de collocation, la procédure d'ordre et la distribution par contribution, le tome IV.

[4] Liquider, c'est déterminer le chiffre exact d'une dette, que l'existence en soit ou non contestée (Naquet, *op. cit.*, t. II, n° 732).

[5] Les « indemnités mobilières » ne sont sujettes qu'à un droit de 62 centimes 1/2 pour 100 avec les décimes (L. 22 frim. an VII, art. 69, § 2-8°). Quelle différence y a-t-il, sous ce rapport, entre une indemnité mobilière et des dommages-intérêts ? Toute réparation due au créancier sans qu'il y ait faute du débiteur, par exemple, le remboursement d'une dépense, est une indemnité; toute réparation due par la faute du débiteur constitue des dommages-intérêts, sans qu'il y ait à rechercher si cette faute est contractuelle ou si elle a le caractère d'un délit (Ch. réun. cass. 23 juin 1875, D. P. 75. 1. 431 ; voy., sur cette question, Naquet, *op. cit.*, t. II, n°s 639 et 728).

[6] Ce droit varie suivant que le jugement est définitif ou d'avant faire droit, en premier ou en dernier ressort, etc. (Voy., sur la distinction des jugements définitifs et d'avant faire droit, *suprà*, § **433** ; et, sur la théorie du dernier ressort, le tome V).

[7] Voy., sur ce droit, Naquet, *op. cit.*, t. II, n°s 734 et suiv.

[8] Depuis la loi du 28 avril 1816 (Art. 38). La loi du 22 frimaire an VII prescrivait l'enregistrement tantôt sur la minute tantôt sur l'expédition (Art. 7).

[9] Voy., sur ce point, Naquet, *op. cit.*, t. III, n°s 1216 et 1234.

qu'il y a de fois dix jours de retard[10]. Les jugements rendus au profit d'une partie qui a obtenu l'assistance judiciaire[11] sont enregistrés en débet, c'est-à-dire que le paiement des droits est laissé en suspens pour être ultérieurement poursuivi contre qui de droit[12]. Les jugements d'expropriation pour cause d'utilité publique sont enregistrés gratis, ainsi que ceux qui ordonnent la rectification des actes de l'état civil, à la requête du ministère public, dans les cas prévus par la loi du 25 mars 1817[13] : cet enregistrement gratuit n'a pour but que d'assurer le contrôle et la conservation des actes qui y sont soumis[14]. Sont même complètement exempts de cette formalité les jugements qui ordonnent purement et simplement la remise d'une affaire ou sa radiation du rôle[15].

[10] Naquet, *op. cit.*, t. III, n° 1234. Sans préjudice de sa responsabilité envers les parties (Voy. *suprà*, § **1165**).

[11] Voy., sur l'assistance judiciaire, t. II, §§ **545** et suiv.

[12] Voy., sur ce recouvrement et sur l'enregistrement en débet, Naquet, *op. cit.*, t. III, n°s 1154 et suiv., 1158.

[13] Et aussi quelques autres jugements (Voy., pour plus de détails, Naquet, *op. cit.*, t. III, n°s 1145 et suiv.).

[14] Naquet, *op. cit.*, t. I, n° 2; t. III, n° 1145.

[15] Ces jugements ne sont compris ni dans la définition des jugements soumis au droit proportionnel ou au droit de titre, ni dans l'énumération limitative de ceux qui sont sujets aux divers droits fixes d'1 franc 87 centimes 1/2 à 93 francs 75 centimes (Naquet, *op. cit.*, t. III, *Tarif des droits d'enregistrement*, v° *Jugement*).

TITRE II

EXÉCUTION DU JUGEMENT

SOMMAIRE. — § **1195**. Ce titre n'a pour objet que l'exécution forcée des jugements définitifs. — § **1196**. Distinction de l'exécution dite par suite d'instance, et de l'exécution forcée proprement dite.

§ **1195**. Ce titre a pour objet l'exécution forcée des jugements définitifs, c'est-à-dire l'accomplissement par autorité de justice, et au besoin *manu militari*, des mesures qu'ils ont prescrites. Je dis *l'exécution forcée*, car, si la partie condamnée se soumet à ce que le jugement lui ordonne, ou si, hors d'état de payer le montant de sa condamnation, elle abandonne ses biens à ses créanciers, il peut en résulter deux procédures — les offres réelles et la cession de biens — dont je ne traiterai qu'aux tomes VII et VIII, attendu qu'elles n'interviennent pas toujours à la suite d'un jugement, et que le débiteur y recourt souvent pour empêcher une condamnation imminente[1]. Je dis *les jugements définitifs*[2], car je n'ai plus à parler de l'exécution volontaire ou forcée des jugements d'avant faire droit : on a déjà vu — et ce ne sont que des exemples[3] — qu'on exécute le jugement par lequel les juges se déclarent compétents, en prenant des conclusions devant eux[4]; celui par lequel ils se déclarent incompétents,

§ **1195**. [1] Carré, *op. cit.*, t. IV, p. 416, note 2.

[2] *Définitif* n'est pas synonyme d'*en dernier ressort* (Voy. *suprà*, § **1046**, note 1).

[3] Je rappelle que les tribunaux d'exception sont juges de l'exécution de leurs jugements d'avant faire droit (Voy. t. I, § **455**), ce qui fait une différence sensible avec leurs jugements définitifs (Voy. le § suivant).

[4] Voy. t. II, § **746**.

en saisissant un autre tribunal[5]; celui qui ordonne l'enquête, en requérant du juge-commissaire l'ordonnance à fin d'assigner les témoins[6]; celui qui met la cause en délibéré sur rapport, en mettant les pièces sur le bureau[7].

§ **1196**. L'exécution forcée des jugements définitifs est poursuivie par la partie qui les a obtenus; elle se divise en exécution par suite d'instance[1], et en exécution forcée proprement dite. La première, qui conduit à la seconde et la prépare, a pour objet d'établir le montant des créances dont le jugement n'a pas posé que le principe, ou de procurer au créancier les garanties que le jugement lui accorde en attendant que cette créance devienne exigible. La seconde a pour but de mettre le jugement à exécution, soit sur l'objet même du litige, soit sur les biens de la partie condamnée qui ne s'y est pas volontairement soumise, soit même sur sa personne. A l'une appartiennent le règlement et le paiement des dépens, la liquidation des dommages-intérêts, la reddition de compte, la liquidation des fruits, et la réception des cautions. L'autre consiste dans les saisies, la contrainte par corps, et les autres mesures dont il sera parlé au tome IV. L'exécution par suite d'instance et l'exécution forcée proprement dite diffèrent l'une de l'autre à deux points de vue. 1° Tous les tribunaux sont juges des contestations qui naissent de l'exécution par suite d'instance des jugements par eux rendus[2], à moins que, comme en matière de reddition de compte, la loi n'attribue juridiction à quelque autre juge[3] : il en est autrement des difficultés relatives à l'exécution forcée pro-

[5] Voy, t. II, *ib*.
[6] Voy. t. II, § **838**.
[7] Voy. t. II. § **689**.

§ **1196**. [1] Carré, *op. cit.*, p. 416. Bonnier, *op. cit.*, n° 1259. On l'appelle quelquefois exécution volontaire, mais on risque, en la nommant ainsi, de la confondre avec celle qui a lieu en dehors de toute procédure et par le seul accord des parties (Bonnier, *op. et loc. cit.*).

[2] Voy., sur la compétence en matière de reddition de compte, t. II, § **474**.

[3] Arg. art. 440, aux termes duquel le tribunal de commerce qui ordonne l'exécution provisoire de son jugement moyennant caution reçoit cette caution, et prononce sur son admission si elle est contestée (Voy., pour plus de détails le tome VI; et, sur l'ensemble de cette question, Bertauld, *De la compétence en matière de contestations sur l'exécution forcée*, dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. X, 1857, p. 354 et suiv.).

prement dite, car la juridiction de droit commun a seule qualité pour en connaître, et c'est aux tribunaux d'arrondissement qu'elles sont portées, lors même qu'elles se produisent à l'occasion d'un jugement rendu par un tribunal de commerce, un juge de paix ou un conseil de prud'hommes[4].

2° L'exécution par suite d'instance est particulière aux jugements; l'exécution forcée peut être poursuivie en vertu des jugements « et actes », c'est-à-dire des titres exécutoires qui ne sont pas des jugements, et qui seront énumérés au tome IV.

[4] Voy., sur ce point, t. II, § 416.

CHAPITRE PREMIER

DE L'EXÉCUTION PAR SUITE D'INSTANCE

SECTION PREMIÈRE

Règlement et paiement des dépens.

SOMMAIRE. — § **1197**. Objet de cette procédure. — § **1198**. I. Quels frais sont compris dans les dépens, et quels dommages-intérêts peuvent être accordés à la partie gagnante. — § **1199**. Suite. 1° Dommages-intérêts. — § **1200**. Suite. 2° Dépens. — § **1201**. Suite. Comprennent-ils les droits d'enregistrement perçus sur les actes produits en justice? — § **1202**. II. Des poursuites en paiement des dépens. — § **1203**. Suite. Innovations apportées par la loi du 24 décembre 1897 à l'application du Code de procédure et du second décret du 16 février 1807. — § **1204**. Taxe ou liquidation des dépens. — § **1205**. Suite. 1° En matière ordinaire. — § **1206**. Suite. 2° En matière sommaire. — § **1207**. Suite. Poursuites en paiement des dépens. Exécutoire. — § **1208**. Suite. 1° Poursuites de l'avoué et de l'huissier contre leur client. — § **1209**. 2° Poursuites de l'avoué distractionnaire contre la partie condamnée aux dépens. — § **1210**. Suite. Nature juridique de la distinction des dépens. — § **1211**. Suite. Ses effets. — § **1212**. Suite. A quels frais elle s'applique. — § **1213**. Dans quels cas elle peut être accordée. — § **1214**. Suite. Rapports de l'avoué distractionnaire avec son client. — § **1215**. Suite. 3° Poursuites de la partie qui a obtenu les dépens, ou de son avoué non distractionnaire, contre la partie qui y a été condamnée. — § **1216**. 4° Poursuites auxquelles ne s'appliquent ni le second décret du 16 février 1807 ni la loi du 24 décembre 1897. — § **1217**. III. Du règlement et du paiement des dépens dans les affaires qui ressortissent aux tribunaux d'exception.

§ **1197**. La partie qui succombe est condamnée aux dépens et parfois même à des dommages-intérêts : j'ai posé ce principe aux §§ **1092** et suivants; j'ai expliqué en même temps les exceptions qu'il comporte[1], et j'ai montré comment, au lieu d'adjuger les dépens à la partie gagnante, le tribunal peut en accorder la distraction à son avoué[2]. Il me reste à dire ici :

§ **1197**. [1] Voy. *suprà*, §§ **1098** et suiv.
[2] Voy. *suprà*, § **1111** et suiv.

1° ce que les dépens comprennent, et ce que peuvent comprendre les dommages-intérêts; 2° comment on procède pour les liquider, c'est-à-dire pour en fixer le montant, de quelle manière l'ayant-droit les recouvre, quelle est la situation de l'avoué distractionnaire, c'est-à-dire au profit duquel la distraction des dépens a été prononcée, et quels avantages lui procure la distraction qu'il a obtenue.

§ **1198**. I. Former une demande injuste ou résister à une juste demande, c'est causer à la partie adverse un préjudice qu'on est tenu de réparer[1] : il dépend d'elle, et surtout du tribunal[2], que cette réparation soit plus ou moins étendue.

§ **1199**. 1° Si le tribunal lui alloue de ce chef des dommages-intérêts, ils n'auront d'autres limites que celles de l'article 1151 du Code civil : « Dans le cas même où l'inexé-« cution de la convention résulte du dol du débiteur, les dom-« mages et intérêts ne doivent comprendre, à l'égard de la « perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, « que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexé-« cution de l'obligation »[1]. Ils peuvent donc s'étendre, mais seulement en vertu de conclusions formelles de l'autre partie et d'une disposition expresse et motivée du jugement[2], à tout ce que le procès a coûté à cette partie, c'est-à-dire à tous

§ **1198**. [1] Cela dépend d'elle, en ce sens que le tribunal ne pourrait, sans statuer *ultrà petita*, lui accorder de ce chef ce qu'elle n'aurait pas demandé (Voy., sur ce principe, le tome VI ; et, sur son application en matière de dépens, *suprà*, § **1093**); mais cela dépend surtout du tribunal, en ce sens que celui-ci n'est pas tenu d'accorder tout ce qui lui est demandé.

[2] On a vu au § **1092** que la condamnation de la partie qui succombe aux dépens est prononcée en vertu de l'article 1382 du Code civil.

§ **1199**. [1] Cet article est placé sous la rubrique *Des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation*, mais il s'applique certainement aussi à ceux qui résultent d'un délit ou d'un quasi-délit, car dire que le demandeur en dommages-intérêts ne doit être indemnisé que du préjudice qui est la suite immédiate et directe de l'inexécution de son obligation, cela signifie qu'il doit établir le lien indissoluble qui existe entre l'inexécution de la convention et le préjudice dont il se plaint, et prouver que, si la convention avait été exécutée, ce préjudice ne se fût pas réalisé. En ce sens, l'article 1151 du Code civil est l'application du principe général qu'on n'obtient en justice que ce qu'on prouve (Voy., sur ce principe, t. II, §§ **690** et **727**); il s'applique donc à toutes les demandes en dommages-intérêts, qu'elles soient formées à l'occasion d'une faute contractuelle, d'un délit ou d'un quasi-délit (Voy., en ce sens, Demolombe, *op. cit.*, t. XXXI, n° 687; et, en sens contraire, Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 750).

[2] Voy., sur ce point, les arrêts cités au § suivant, notes 6 et 7.

les frais qu'elle a faits à seule fin d'assurer, autant qu'il était en elle, le succès de sa cause : honoraires de son avoué, de son avocat ou de son agréé, frais de déplacement et de séjour au siège du tribunal, frais de copie ou d'impression de mémoires, honoraires de consultation, rémunération des dessinateurs, géomètres et architectes qui ont dessiné les objets ou dressé le plan des immeubles litigieux[3].

§ **1200**. 2° Si le tribunal n'adjuge que les dépens, la partie gagnante obtient seulement le remboursement des frais de la procédure tels qu'ils sont fixés par le tarif, à savoir : 1) le coût des actes de procédure, y compris le prix du papier timbré, les droits de greffe et les droits d'enregistrement[1]; 2) les vacations des avoués et des huissiers qui ont occupé ou instrumenté au cours de l'instance; 3) 15 francs à Paris, et ailleurs 10 francs, pour honoraires de chacun des avocats qui ont plaidé dans l'affaire[2]; 4) 3 francs par chaque myriamètre de distance entre le siège du tribunal, et le domicile de la partie qui affirme au greffe, assistée de son avoué, s'être transportée au siège du tribunal « dans la seule vue du « procès »; il n'est passé en taxe qu'un seul voyage pour chaque partie[3]; 5) les droits de timbre et d'enregistrement perçus

[3] Ces frais ne rentrent pas dans les dépens (Voy. le § suivant), mais la partie qui les a faits peut, sans aucun doute, en obtenir le remboursement à titre de dommages-intérêts (Voy., en ce sens, les autorités citées au § suivant, note 4). Les honoraires de l'agréé n'entrent pas en taxe, attendu que rien n'obligeait la partie qui l'a employé à recourir à son ministère (Bioche, *op. cit.*, v° *Agréé*, n° 21; Camberlin, *op. cit.*, p. 291; voy., sur le caractère facultatif du ministère des agréés, t. I, § **284**). Je pense qu'il en est de même de l'enregistrement du pouvoir spécial qu'ils sont tenus de représenter (Voy. t. I, *ib.*) : cette dépense, obligatoire pour la partie qui s'est fait représenter, est facultative en ce sens qu'on peut l'éviter en comparaissant en personne; cela suffit pour qu'elle ne passe pas en taxe (Bioche, *op.*, *v° et loc. cit.*).

§ **1200**. [1] Spécialement, le coût des actes d'une procédure en reprise d'instance (Lyon, 25 janv. 1895; D. P. 96. 2. 332), et, en cas de revendication d'objets mobiliers, les frais de saisie et de consignation (Req. 1er févr. 1893; D. P. 94. 1. 278; S. 94. 1. 86). Les amendes encourues pour contraventions aux lois fiscales ou autres, commises dans la rédaction des actes de procédure, restent à la charge des contrevenants (Bioche, *op. cit.*, v° *Dépens*, n° 30). Un arrêt curieux a jugé que, dans les localités où l'usage s'est conservé de renfermer les pièces de procédure dans un sac, le prix de ce sac fait partie des dépens, et peut être réclamé par l'avoué qui l'a fourni (Req. 6 mai 1867, D. P. 68. 1. 173; voy., sur cet ancien usage, Racine, *Les plaideurs*, acte I, sc. IV).

[2] D. 16 févr. 1807, art. 80 (Voy. t. I, § **254**).

[3] D. 16 févr. 1807, art. 146 (Voy. *infrà*, note 7). Cet usage remonte au droit

sur le jugement[4]. Je rappelle : 1) que les frais frustratoires n'entrent pas en taxe[5]; 2) qu'en matière sommaire les droits ordinairement perçus par l'avoué sur chaque acte de procédure sont remplacés par un droit unique de jugement, qui varie suivant l'importance du litige[6]. J'ajoute qu'il est loisible au tribunal de faire entrer dans les dépens les frais des actes antérieurs à l'engagement ou postérieurs à la conclusion de l'instance : à savoir, d'une part, les sommations, commandements et les offres réelles; d'autre part, l'expédition, la signification et l'exécution du jugement[7].

§ **1201**. *Quid* du coût des actes produits en justice à l'appui des prétentions de l'une ou de l'autre partie, et, spécialement, des droits d'enregistrement perçus à raison de ces actes? Ces frais entrent certainement dans les dépens : 1) s'il

romain : « *Eum quem temere adversarium suum in judicium vocasse constitit* « *viatica... adversario suo reddere oportebit* » (Dig., L. 79, pr., *De jud.*, V, 1). Il est formellement consacré par la loi de procédure du canton de Genève (Art. 121-4°; Bellot, *op. cit.*, p. 107).

[4] Civ. rej. 20 avr. 1869 (D. P. 69. 1. 340). *A contrario*, les faux frais énumérés au § précédent ne rentrent pas dans les dépens (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 4 et suiv.; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 274; Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 277; Grenoble, 18 déc. 1811, D. A. v° *Frais*, n° 110).

[5] Voy., sur ce point, t. II, § **507**. L'appréciation du caractère frustratoire des frais relève du pouvoir discrétionnaire des tribunaux (Rennes, 3 juill. 1874, D. P. 77. 1. 125; Grenoble, 27 mars 1876, D. P. 78. 2. 228; Pau, 30 mai 1877, D. P. 78. 2. 40; req. 14 avr. 1897, D. P. 97. 1. 373; S. 98. 1. 289).

[6] Voy. *suprà*, §§ **962** et **981**. Toutefois, le décret du 16 août 1807 alloue aux avoués un droit de port de pièces et de correspondance (Art. 14; civ. cass. 19 juill. 1893, S. 94. 1. 29), et la jurisprudence les admet à faire entrer en taxe le coût des conclusions motivées, dont la signification a paru indispensable pour la fixation du litige (Voy. t. II, *ib.*). Les frais de voyage, tels qu'ils sont fixés par le décret du 16 février 1807 (Art. 146), sont-ils dus comme dépens en matière sommaire? Voy., pour l'affirmative, Paris, 16 mars 1880 (D. P. 80. 2. 185); pour la négative, civ. cass. 7 janv. 1834 (D. A. *v° cit.*, n° 169), Montpellier, 19 août 1844 (D. P. 45. 4. 292), Amiens, 30 avr. 1864 (D. P. 64. 5. 199), civ. cass. 28 janv. 1868 (D. P. 68. 1. 62), civ. cass. 2 août 1882 (D. P. 83. 1. 477); et, sur cette question, la note dans D. P. 80. 2. 185. En tous cas, il ne peut s'agir que des frais de voyage des parties, et non pas de ceux de leurs avoués (Civ. cass. 14 déc. 1887; D. P. 89. 1. 150).

[7] Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Civ. rej. 2 juill. 1839 (D. A. v° *Eaux*, n° 563). Paris, 4 juill. 1853 (D. P. 54. 2. 66). La jurisprudence tend même à considérer ces frais comme compris de plein droit dans les dépens (Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 33 et suiv.; Bourges, 12 nov. 1831, D. A. *v° cit.*, n° 78; trib. de la Seine, 27 août 1852, D. P. 54. 3. 16; Paris, 10 janv. 1854, D. P. 54. 5. 399; req. 6 mai 1867, D. P. 68. 1. 173; Rouen, 13 août 1869, D. P. 72. 5. 261; civ. rej. 5 avr. 1870, D. P. 71. 1. 321; Rennes, 17 mai 1892, D. P. 93. 2. 381). *Quid* des frais d'une autre instance? Voy. req. 2 janv. 1856 (D. P. 56. 1. 88); civ. cass. 4 mars 1873 (D. P. 73. 1. 56).

a été convenu entre les parties que celle qui perdra son procès paiera le coût de tous les actes produits dans l'instance, même par l'adversaire[1]; 2) si le tribunal a alloué le remboursement de ces frais à la partie gagnante comme dommages-intérêts, sur ses conclusions formelles, et par une décision spéciale et motivée[2]. En sera-t-il de même en supposant que les parties n'en soient pas convenues, et que, le gagnant n'ayant pas réclamé de dommages-intérêts ou n'en n'ayant pas obtenu, le perdant ait été purement et simplement condamné aux dépens[3]? Il faut distinguer.

1° S'agit-il d'actes soumis par eux-mêmes à l'enregistrement, et qui devaient y être présentés dans un certain délai, et sous les peines portées par la loi, quand même le procès n'eût pas existé? Tels sont les actes notariés, les testaments déposés chez les notaires, et les actes sous seing privé qui portent transmission de propriété, d'usufruit ou de jouissance de biens immeubles; telles sont aussi les mutations verbales de ces mêmes droits, dont l'enregistrement doit être fait, dans les mêmes délais et sous la même peine, au moyen de déclarations détaillées et estimatives[4]. Dans ce cas, le montant des droits d'enregistrement n'est pas compris dans les dépens, et reste, quoi qu'il arrive, à la charge de la partie

§ **1201**. [1] Civ. cass. 17 déc. 1872 (D. P. 73. 1. 154). Paris, 17 mars 1883 (D. P. 84. 2. 69).

[2] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 9 et suiv. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit.* Civ. rej. 6 nov. 1860 (D. P. 60. 1. 488). Civ. cass. 3 mars 1863 (D. P. 63. 1. 375). Req. 13 juill. 1870 (D. P. 71. 1. 350). Req. 24 juin 1872 (D. P. 73. 1. 19). Civ. cass. 17 déc. 1872 (D. P. 73. 1. 154). Req. 16 juin 1875 (D. P. 77. 1. 184). Civ. cass. 23 juill. 1879 (D. P. 79. 1. 480). Civ. cass. 11 janv. 1882 (D. P. 82. 1. 313). Req. 29 avr. 1890 (S. 93. 1. 511). Bourges, 18 nov. 1890 (D. P. 92. 2. 21; S. 92. 2. 241). Civ. rej. 12 août 1891 (D. P. 92. 1. 623; S. 92. 1. 245). Req. 15 juin 1892 (D. P. 92. 1. 596; S. 93. 1. 281). Civ. rej. 23 nov. 1892 (D. P. 93. 1. 201; S. 94. 1. 441). Civ. cass. 30 avr. 1895 (D. P. 95. 1. 415; S. 95. 1. 407). Il n'est pas indispensable que le mot *dommages-intérêts* se trouve dans le jugement, pour que cette allocation des droits d'enregistrement comme dommages-intérêts soit valable : il suffit que le jugement relève expressément la faute de la partie qui a nécessité par ses agissements la production de l'acte et la perception des droits (Req. 12 nov. 1877; D. P. 78. 1. 292).

[3] Les deux arrêts de la chambre des requêtes, du 8 avril 1873 (D. P. 74. 1. 260) et du 5 avril 1875 (D. P. 76. 1. 37), ne tranchent pas la question : dans l'espèce, il s'agissait de savoir à la charge de quelle partie les droits d'enregistrement devaient être mis, non pas comme dépens et en vertu de l'article 130, mais seulement par application de la loi du 22 frimaire an VII (Art. 31; voy., sur cet article, Gabriel Demante, *Principes de l'enregistrement*, t. II, n° 798).

[4] L. 22 frim. an VII, art. 20, 21 et 22. L. 27 vent. an IX, art. 4. L. 23 août 1871, art. 11 et 14. Gabriel Demante, *op. cit.*, t. I, n°s 82 et 98; t. II, n°s 770 et suiv.

qui a produit l'acte; les dépens ne comprennent, en effet, que les déboursés que le procès a rendus nécessaires, et, si les droits d'enregistrement ont été payés dans l'espèce, ce n'est pas le procès qui en est cause : ils étaient exigibles par le seul fait de l'existence de l'acte, et le redevable ne pouvait s'y soustraire sans encourir l'amende édictée par la loi fiscale[5]. C'est ce qui résulte de l'arrêt de la cour de cassation, du 13 février 1872[6], qui a fixé sur ce point la jurisprudence jusqu'alors incertaine[7], et qui, ne voyant dans le jugement que la cause occasionnelle de ces perceptions, en conclut très logiquement que ces droits doivent être supportés par la partie qui a produit les actes qui y ont donné lieu. Il en sera de même, à plus forte raison, du double droit qu'elle devra payer pour n'avoir pas présenté ces actes à l'enregistrement dans le délai prescrit par la loi[8].

2° S'agit-il, au contraire, d'actes qui n'ont été soumis à

[5] D. P. 73. 1. 166. Civ. cass. 17 déc. 1872 (D. P. 73. 1. 154). Civ. cass. 23 juill. 1879 (D. P. 79. 1. 480). Voy., dans le même sens, Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 9 et suiv., Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*, Rodière, *op. et loc. cit.;* et, en sens contraire, Agen, 31 août 1871 (D. P. 73. 2. 83).

[6] Voy. la note précédente.

[7] Voy., en ce sens, req. 28 déc. 1840 (D. A. v° *Frais*, n° 117), civ. cass. 3 mars 1863 (D. P. 63. 1. 375), Amiens, 30 avr. 1864 (D. P. 64. 5. 199), Metz, 26 juill. 1866 (D. P. 66. 2. 229), civ. cass. 30 oct. 1895 (S. 97. 1. 394), civ. cass. 15 déc. 1896 (D. P. 97. 1. 452; S. 97. 1. 184), civ. cass. 25 mai 1897 (D. P. 98. 1. 37, S. 98. 1. 79), civ. cass. 22 juill. et 2 août 1897 (D. P. 97. 1. 614 et 615, S. 98. 1. 79 et 80), civ. cass. 17 janv. 1898 (D. P. 98. 1. 79; S. 98. 1. 213); et, en sens contraire, req. 8 févr. 1837 (D. A. *v° cit.*, n° 112), Caen, 6 janv. 1841 (D. A. *v° cit.*, n° 116), Bordeaux, 3 févr. 1846 (D. P. 46. 4. 323). Si cependant il a été constaté que la production de ces actes n'est devenue nécessaire qu'à cause de l'injuste résistance de la partie adverse, celle-ci pourra être condamnée à payer, à titre de dommages-intérêts, les droits d'enregistrement perçus à cette occasion (Civ. cass. 25 mai 1897, D. P. 98. 1. 37, S. 98. 1. 79; civ. cass. 17 janv. 1898, D. P. 98. 1. 79; S. 98. 1. 213; comp. une solution analogue à la note suivante).

[8] Civ. cass. 16 déc. 1872 (D. P. 76. 2. 197). Aix, 17 mars 1874 (D. P. 75. 2. 32). Alger, 6 févr. 1894 (D. P. 95. 2. 531). Dijon, 16 mars 1894 (D. P. 95. 2. 260). Civ. cass. 30 avr. 1895 (D. P. 95. 1. 415; S. 95. 1. 407). *Contrà*, req. 6 avr. 1840 (D. A. v° *Chose jugée*, n° 356); req. 5 déc. 1866 (D. P. 67. 1. 438); Agen, 31 août 1871 (D. P. 73. 2. 83). Il en sera différemment si les dépens sont alloués comme dommages-intérêts à la partie qui a payé ce double droit (Caen, 6 janv. 1841, D. A. *v° cit.*, n° 116; Nancy, 14 mars 1893. D. P. 96. 2. 293), et qu'en outre, le jugement relève expressément une faute à la charge de la partie qui succombe (Orléans, 6 mars 1895, D. P. 96. 2. 213; civ. cass. 11 nov. 1895, D. P. 96. 1. 47; civ. cass. 7 juill. 1896, D. P. 96. 1. 519, S. 96. 1. 405; civ. cass. 1er déc. 1896, D. P. 97. 1. 561; S. 97. 1. 189; civ. cass. 15 déc. 1896, D. P. 97. 1. 451; S. 97. 1. 184; civ. cass. 28 déc. 1896, D. P. 97. 1. 281, S. 97. 1. 190); et encore le double droit n'y sera-t-il pas compris si cette partie l'a encouru par suite d'une dissimulation frauduleuse (Rouen, 17 janv. 1878; D. P. 78. 2. 259). Comp., sur ces divers points, la note précédente.

l'enregistrement que parce qu'il a fallu les produire en justice et, par conséquent, les faire préalablement enregistrer, c'est-à-dire les actes non compris dans l'énumération qui précède, et dont il ne peut être fait usage en justice avant qu'ils aient été enregistrés[9]? La jurisprudence a également hésité sur ce point[10], mais l'arrêt précité du 13 février 1872 considère le jugement la cause génératrice, et non plus occasionnelle, de la perception, et en conclut que les droits d'enregistrement perçus à ce titre doivent être supportés par la partie qui succombe. Elle doit, en effet, payer tous les frais que le procès a rendus nécessaires et qui n'eûssent pas été faits sans lui; et, comme la partie adverse, qui a dû faire enregistrer les actes en question, s'en fût abstenue sans le procès qu'on l'a forcée d'intenter ou de soutenir, les dépens qui lui sont adjugés doivent comprendre cette perception, dont le procès devient ainsi la cause vraiment génératrice[11]. Il en est de même, à plus forte raison, du jugement lui-même, dont la cause réside et ne peut résider que dans le procès[12].

§ **1202**. II. On sait, et j'ai rappelé au § **1197**, qu'en principe la partie qui succombe est condamnée aux dépens — qu'il est fait exception à cette règle si cette partie agissait dans un intérêt public, si les circonstances de la cause autorisent à mettre les dépens à la charge de l'autre partie, ou si la loi permet au tribunal de les partager entre elles — et que cette

[9] L. 22 frim. an VII, art. 23 et 47. L. 28 avr. 1816, art. 57. L. 23 août 1871, art. 16. Gabriel Demante, *op. cit.*, t. II, n° 830.

[10] Il a été jugé : tantôt que ces droits d'enregistrement font partie des dépens (Rennes, 28 avr. 1818, D. A. v° *Arbitrage*, n° 373; Lyon, 23 nov. 1825, D. A. v° *Enregistrement*, n° 5129; Caen, 1er févr. 1827, D. A. *v° cit.*, n° 5130; req. 16 août 1860, D. P. 60. 1. 495; civ. rej. 6 nov. 1860, D. P. 60. 1. 488); tantôt qu'ils n'y sont pas compris (Bordeaux, 25 août 1846, D. P. 49. 5. 208; Orléans, 1er juin 1850, D. P. 50. 5. 249).

[11] Voy., sur cet arrêt, le § précédent.

[12] Bioche, *op., v° et loc. cit.* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Rodière, *op. et loc. cit.* Voy., en ce sens, les arrêts cités au § précédent, note 8; aj. la note dans D. P. 75. 2. 32. L'auteur de cette note transporte en cette matière la distinction des droits d'acte et des droits de mutation : ceux-ci seraient compris dans les dépens et mis à la charge de la partie qui succombe; ceux-là seraient exclus des dépens et supportés par la partie qui a produit l'acte. La distinction des droits d'acte et de mutation n'a plus de raison d'être (Gabriel Demante, *op. cit.*, t. I, n° 14; Naquet, t. I, n°s 79 et suiv.), et on ne doit plus distinguer aujourd'hui que les actes soumis par eux-mêmes à l'enregistrement, et ceux qu'on n'a dû faire enregistrer que pour pouvoir les produire en justice.

répartition consiste, suivant les cas, à compenser les dépens en tout ou en partie, à en faire masse, à distraire du mémoire certains frais qui seront payés par la partie qui les a faits, ou à ordonner que les dépens seront employés en frais généraux[1]. On sait également que chaque partie doit à l'avoué et à l'huissier qu'elle emploie le montant de leurs avances, les droits qui leur sont alloués par le tarif, et les honoraires convenus d'avance ou autorisés par l'usage[2]. On n'a pas oublié non plus que l'avoué de la partie gagnante peut, dans les conditions déterminées aux §§ **1112** et **1113**, obtenir la distraction des dépens[3]. Il résulte de la combinaison de ces règles que les poursuites à fin de dépens peuvent se présenter sous trois formes : 1° poursuites[4] des avoués et huissiers contre la partie pour laquelle ils ont occupé ou instrumenté ; 2° poursuites de la partie qui a gagné le procès contre celle qui l'a perdu ; 3° poursuites contre cette même partie de l'avoué distractionnaire de la partie gagnante[5].

1° Les avoués et huissiers agissent en paiement des frais contre la partie qui leur a donné mandat, et en vertu de l'article 1999 du Code civil[6], dans cinq circonstances différentes. 1) L'huissier n'a jamais d'action que contre la partie pour laquelle il a instrumenté[7]. 2) L'avoué de la partie qui succombe n'a d'action que contre son client[8]. 3) L'avoué de la partie qui gagne son procès n'a d'action que contre elle lors-

§ **1202.** [1] Voy. *suprà*, §§ **1092, 1099, 1100** et suiv.

[2] Voy., sur les droits de greffe, t. I, § **90** ; sur la créance des avoués et des huissiers, conformément au tarif, t. I, *ib.* et § **220**; et, sur les honoraires des avoués, t. I, § **220**.

[3] Voy., sur l'utilité de cette mesure, *suprà*, § **1111**, et sur les effets qui en résultent, *infrà*, §§ **1210** et **1211**.

[4] Elles s'exerçaient autrefois, à la différence des deux hypothèses suivantes, sous la forme d'une action proprement dite ; on verra au § suivant que cette distinction n'existe plus.

[5] Je ne parle ni du greffier, qui a action solidaire contre les deux parties pour le paiement des droits du greffe (Voy., sur ces droits, t. I, § **210**); ni des agréés près les tribunaux de commerce, sur la situation desquels je reviendrai au § **1217** à propos des frais faits devant ces tribunaux.

[6] « Le mandant doit rembourser au mandataire les avances et frais que celui-« ci a faits pour l'exécution du mandat, et lui payer ses salaires lorsqu'il en a « été promis. »

[7] Ou contre son avoué, en supposant que celui-ci l'ait connu personnellement et soit par suite, considéré comme son mandant (C. civ., art. 1999).

[8] La distraction des dépens n'étant jamais accordée qu'à l'avoué de la partie gagnante (Voy. *suprà*, § **1111**), l'avoué de la partie perdante n'a en aucun cas, action contre le gagnant.

qu'il n'a pas obtenu la distraction des dépens, faute de l'avoir demandée en temps utile ou de n'avoir pas satisfait aux conditions prescrites. 4) Il l'a obtenue, mais, n'ayant pu se faire payer par la partie qui succombe ou n'espérant pas être payé par cette partie qu'il sait insolvable, il actionne son client qui, malgré la distraction des dépens, n'a pas cessé d'être son débiteur[9]. 5) Aucune des parties n'a gagné ni perdu le procès, ou bien le gagnant n'est pas, du chef des dépens, créancier du perdant, en sorte que son avoué n'a d'action que contre lui; c'est ce qui arrive si, les dépens étant compensés pour le tout, les parties ont été renvoyées sans dépens, et chacune d'elles ainsi tenue de supporter sans répétition les frais qu'elle a faits[10] — si la partie gagnante a été condamnée aux dépens[11] — si la partie perdante n'y a pas été condamnée attendu qu'elle agissait dans un intérêt public[12] — si, le tribunal ayant dit qu'il serait fait masse des dépens, la somme des frais avancée par chaque partie est égale à la portion mise à sa charge[13] — si, enfin, les dépens doivent être employés en frais généraux, et que la partie gagnante n'ait avancé de ce chef qu'une somme égale à sa part contributoire[14].

2° Les poursuites de la partie qui a gagné le procès contre celle qui a succombé sont fondées sur l'article 130[15] : c'est l'avoué qui les exerce au nom de son client, et il a mandat tacite à cet effet pendant l'année qui suit le prononcé du

[9] Voy., sur les rapports de l'avoué et de son client, t. I, § **220**. On verra au § **1214** les conséquences importantes du principe que l'avoué de la partie gagnante, fût-il constitué créancier de celle qui succombe par le jugement qui lui accorde la distraction des dépens, n'en reste pas moins, malgré tout et avant tout, créancier de son client.

[10] Voy. *suprà*, § **1102**.

[11] Voy. *suprà*, § **1100**.

[12] Voy. *suprà*, § **1099**.

[13] Exemple : Primus et Secundus ont déboursé chacun 250 francs, total 500, et le tribunal a ordonné que ces 500 francs feraient une seule masse, dont chaque partie paierait la moitié, soit 250 francs, somme égale au montant de ses avances (Voy. *suprà*, § **1106**).

[14] Exemple : Primus et Secundus sont héritiers chacun pour moitié, ils plaident l'un contre l'autre, et font des frais chacun pour 250 francs; si le tribunal ordonne que les dépens seront employés en frais de partage, c'est-à-dire supportés par les deux parties proportionnellement à leur part héréditaire (Voy. *suprà*, § **1101**), aucun d'eux n'ayant déboursé au delà de sa part contributoire n'a d'action contre l'autre.

[15] Voy., sur cet article, *suprà*, § **1092**.

jugement[16]; c'est entre ses mains que le paiement s'effectue, et c'est ainsi qu'il recouvre le montant de ce qui lui est dû. Il faut seulement, pour qu'il en soit ainsi, que son client soit, du chef des dépens, créancier de la partie adverse, ce qui n'arrivera que dans quatre cas : 1) si cette dernière a été condamnée à payer tous les dépens; 2) s'ils ont été compensés en partie au préjudice de la partie poursuivie, c'est-à-dire qu'elle ait été condamnée à payer, outre ses propres frais, une portion de ceux de l'adversaire[17]; 3) si, le tribunal ayant ordonné de faire masse des dépens et condamné chaque partie à en payer une certaine portion, celle qui poursuit a dépensé plus qu'elle ne doit supporter définitivement[18]; 4) si, le tribunal ayant prescrit d'employer les dépens en frais généraux, la partie poursuivante a fait des avances qui dépassent sa part contributoire dans ces frais[19].

3° L'avoué qui n'a agi dans ces divers cas que comme mandataire de son client, et en courant les risques qu'entraîne cette situation, exerce les mêmes poursuites en son propre nom, et avec les avantages attachés à cette qualité, s'il a demandé et obtenu la distraction des dépens[20].

§ **1203**. Les règles qui régissent ces poursuites ont été considérablement changées par la loi du 24 décembre 1897. Telles qu'elles résultaient des articles 2272 et 2273 du Code civil, 30 de la loi du 22 frimaire an VII, 1 et suivants du second décret du 16 février 1807[1], et de la loi du 5 août 1881, elles

[16] Art. 1038 (Voy., sur ce point, t. I, § **220**).

[17] Aussi, dans l'exemple cité *suprà*, § **1102** (Primus et Secundus ont dépensé, l'un 200 l'autre 300 francs, et le tribunal a ordonné que Primus paierait ses propres frais, plus le sixième de celui de Secundus, soit 50 francs), Secundus aura action contre Primus jusqu'à concurrence de 50 francs.

[18] Exemple : Primus a déboursé 400 francs, Secundus 800, et le tribunal ordonne qu'il sera fait des dépens une seule masse dont chaque partie paierait la moitié, soit 600 francs; Secundus, qui a dépensé 800 francs et n'en doit payer définitivement que 600, n'aura action contre Primus que pour 200 francs (Comp. *suprà*, § **1106**).

[19] Ainsi, dans l'hypothèse indiquée *suprà*, note 14, Primus ayant fait des frais pour 200 et Secundus pour 300, ce dernier qui ne doit payer, étant héritier pour moitié, que la moitié du total des frais, soit 250 francs, aura action contre Primus pour 50 francs.

[20] Voy., sur cette situation, *suprà*, §§ **1111** et suiv., et *infrà*, §§ **1210** et suiv.

§ **1203**. [1] Rendu en exécution de l'article 544 (le premier décret du même jour porte règlement du tarif en matière civile). « La manière de procéder à « la liquidation des dépens et frais, dans les autres matières (que les matières

se résumaient dans une distinction essentielle entre : 1° les poursuites exercées contre la partie perdante par l'avoué de la partie gagnante agissant au nom de son client, par son avoué ou par son huissier, agissant en leur nom propre par application de l'article 1166 du Code civil[2], ou par son avoué distractionnaire ; 2° les poursuites exercées par l'avoué ou l'huissier d'une quelconque des parties contre son client[3]. Dans le premier cas, la poursuite s'exerçait en vertu de la taxe faite par un des membres du tribunal ou du jugement lui-même, suivant qu'il s'agissait d'une affaire ordinaire ou sommaire[4]; dans le second cas, la taxe, à supposer qu'elle eût été faite[5], n'était pas opposable à la partie débitrice[6], et l'officier ministériel qui avait occupé pour elle était tenu d'agir à l'audience en la forme ordinaire et de prendre jugement contre elle[7] : cette

« sommaires; on verra au § **1206** quel est le sens de cette réserve), sera dé-« terminée, dit l'article 544, par un ou plusieurs règlements d'administration « publique, qui seront exécutoires le même jour que le présent Code, et qui, « après trois ans au plus tard, seront présentés en forme de loi au Corps lé-« gislatif avec les changements dont ils auront paru susceptibles ». Ces décrets n'ont jamais été transformés en lois, mais leur force obligatoire n'a jamais été contestée, même après l'expiration du délai fixé par l'article 544 : 1° parce qu'il appartient au pouvoir exécutif de régler l'application des lois par des décrets ou des ordonnances; 2° parce qu'eûssent-ils trait à des matières législatives, ces décrets ont acquis force de loi après les dix jours pendant lesquels ils pouvaient être attaqués devant le Sénat pour cause d'inconstitutionnalité (Civ. cass. 2 mars 1896; D. P. 96. 1. 159; S. 96. 1. 269). Voy. : 1° sur la limite des pouvoirs législatif et exécutif, et sur la légalité des décrets rendus en matière législative de 1804 à 1814, t. I, §§ **2**, note 2, et **3**, note 6); 2° sur l'application du 2e décret du 16 février 1807 en Algérie, civ. cass. 2 mars 1896 (D. P. 96. 1. 159; S. 96. 1. 269). La loi du 24 décembre 1897 y est également applicable ainsi qu'aux colonies; art. 8).

[2] Les créanciers qui agissent en vertu de cet article exercent en leur nom propre les droits de leur débiteur (Voy. t. I, § **310**, note 6).

[3] Voy., sur ces poursuites, le § précédent, note 4.

[4] 2e D. 16 févr. 1807, art. 1 et suiv.

[5] C'était l'usage à Paris (Bioche, *op. cit.*, v° *Taxe*, n° 15). Etait-ce une formalité obligatoire? Voy., pour la négative, Bioche, *op. et v° cit.*, Amiens, 11 mars et 29 juin 1826 (D. A. *v° cit.*, n° 940), Bordeaux, 15 déc. 1840 (D. A. v° *Avoué*, n° 115), Caen, 31 août 1863 (D. P. 64. 2. 198), req. 30 nov. 1892 (D. P. 93. 1. 72; S. 93. 1. 133); en sens contraire, Bourges, 22 août 1856 (D. P. 59. 5. 196), Caen, 11 avr. 1889 (S. 91. 2. 108); et, sur cette question, Audier, *La taxe des frais et dépens et des actes notariés* (dans la *Revue pratique de droit français*, t. XXXVIII, 1874, p. 335 et suiv.), Bona-Christave, *La taxe obligatoire en matière civile* (dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, nouv. sér., t. XX, 1891, p. 573 et suiv.).

[6] Ni le jugement en matière sommaire ni l'exécutoire (Voy., sur cet acte, *infrà*, § **1207**) en matière ordinaire n'étaient considérés comme formant titre au profit de l'officier ministériel contre son client (Bioche, *op. cit.*, v^is *Frais*, n°s 236, et *Exécutoire des dépens*, n° 5).

[7] La jurisprudence interprétait ainsi l'article 9 du 2e décret du 16 février

règle était même d'ordre public[8], et cette partie pouvait, pendant deux ans, requérir une nouvelle taxe faite par jugement, et poursuivre la restitution des frais payés par avance ou même taxés[9]. La loi du 24 décembre 1897 a apporté, sur ces deux points, des innovations importantes, dont le but est d'éviter aux parties intéressées les frais d'une instance et de réduire autant que possible ceux de la poursuite : sans abroger complètement les textes antérieurs qu'elle modifie seulement dans la mesure déterminée ci-après[10], sans toucher davantage aux effets légaux de la distraction des dépens qui demeurent régis par les principes du Code civil et du Code de procédure, elle règle ainsi qu'il suit l'ordre des poursuites en paiement des dépens[11]. La rétroactivité de cette loi, qui résultait déjà des principes posés au § 492, et que

1807 : « Les demandes des avoués et autres officiers ministériels en paiement « de frais, contre les parties pour lesquelles ils auront occupé ou instrumenté, « seront portées à l'audience sans qu'il soit besoin de citer en conciliation; il « sera donné, en tête des assignations, copie du mémoire des frais réclamés » (Voy., sur ce point la première édition de ce Traité, t. III, § 508, et Legrand et Amiaud, *Explication de la loi du 24 décembre 1897*, (Paris, 1898), n° 3).

[8] Req. 15 mars 1823 (D. A. v° *Frais*, n° 162). Amiens, 12 juin 1841 (D. A. v° *cit.*, n° 163). Paris, 17 mai 1866 (D. A. v° *cit.*, supp., n° 195). Chambéry, 30 mars 1870 (D. P. 71. 2. 172). Req. 15 juill. 1871 (D. P. 71. 2. 172). Civ. cass. 9 janv. 1872 (D. P. 72. 1. 5). Nancy, 29 déc. 1881 (D. A. v° *Huissiers*, supp., n° 22). Même solution pour les honoraires des notaires taxés conformément aux articles 173 et 174 du décret du 16 février 1807 (Civ. cass. 13 juill. 1896, D. P. 97. 1. 74; comp., sur cette taxe, t. I, § 418). Peu importait que l'officier ministériel eût cédé sa créance (Paris, 23 nov. 1808; D. A. v° *Frais*, n° 941), ou que les frais eûssent été payés par un tiers (Paris, 9 mai 1810; D. A. v° *Avoué*, n° 129). Comp. Bioche, *op. cit.*, v° *Dépens*, n°s 153 et 154.

[9] Et même par trente ans sous l'empire du Code civil (C. civ., art. 2262), et avant la loi du 5 août 1881 qui avait restreint à deux ans la durée exorbitante de cette action (art. 4; voy., sur ce point, Legrand et Amiaud, *op. cit.*, n° 4, et *infrà*, § 1207).

[10] Voy., sur ce point, Legrand et Amiaud, *op. cit.*, n° 47.

[11] Voy., sur l'historique de cette loi, Legrand et Amiaud, *op. cit.*, n° 4. La commission du Sénat et le Sénat lui-même avaient eu l'intention de la rendre applicable aux honoraires aussi bien qu'aux frais proprement dits, mais la Chambre des députés a suivi sa commission, qui proposait de laisser les demandes en paiement d'honoraires soumises aux règles ordinaires de compétence et de procédure (Voy., sur ce point, Legrand et Amiaud, *op. cit.*, n° 12). Elle n'a, d'ailleurs, fait, sur ce point, que confirmer l'état de choses antérieur : l'avoué poursuivait déjà le paiement de ses honoraires, convenus ou non, par les voies ordinaires et devant le tribunal du domicile du défendeur (Voy., sur le droit qu'il peut avoir de réclamer des honoraires en sus du tarif, t. I, § 220; et, sur la compétence relativement à ces demandes, t. II, §§ 417 et suiv., et 473). Par contre, la loi du 24 décembre 1897 s'applique dans le cas même où les deux parties ou l'une d'elles ont obtenu l'assistance judiciaire (Legrand et Amiaud, *op. cit.*, n° 48). Voy. enfin, sur l'application de cette loi aux frais et remboursements dus aux notaires, Legrand et Amiaud, *op. cit.*, n°s 2, 6 et suiv.

proclame expressément l'article 6 en la déclarant applicable « aux paiements et règlements effectués, aux actes passés et « aux frais faits antérieurement à sa promulgation », me dispense d'insister davantage sur la législation antérieure, qui a même immédiatement cessé de régir les instances en cours à la date du 24 décembre 1897[12]. La procédure en règlement ou en paiement de dépens se divise en deux parties : 1° la taxe ou liquidation des dépens par la juridiction compétente ; 2° les poursuites en paiement des dépens dûment taxés ou liquidés.

§ **1204**. A. La taxe ou liquidation des dépens a pour but d'empêcher la partie gagnante, ou les officiers ministériels qui ont occupé pour elle, de réclamer à la partie perdante, et ces mêmes officiers de réclamer à leur client, au-delà de ce qui leur est dû, soit la restitution des déboursés qui n'auraient pas le caractère des dépens[1], soit, à raison des dépens, une somme supérieure à celle qui leur est allouée par le tarif[2]. L'avoué et l'huissier, ou bien — c'est le cas le plus fréquent — l'avoué seul, ayant fait l'avance ou se trouvant débiteur des frais dus à l'huissier qu'il a commis lui-même, doivent donc soumettre à justice le montant de leurs demandes, pour que les frais par eux réclamés soient liquidés, c'est-à-dire évalués en argent et taxés suivant le tarif[3] ; mais le mode de liquidation n'est pas le même en matière ordinaire et en matière sommaire[4].

[12] Voy. également sur ce dernier point, t. I, § **492**, et Legrand et Amiaud, *op. cit.*, n° 23.

§ **1204**. [1] Voy. sur ce point, *suprà*, §§ **1198** et suiv.

[2] Voy. sur la défense qui est faite aux officiers ministériels d'exiger, et aux juges de leur allouer d'autres droits que ceux énoncés au tarif, Colmar, 24 déc. 1807 (D. A. v° *Huissier*, n° 89) ; civ. cass. 12 mai 1812 (D. A. v° *Frais*, n° 165) ; trib. de Limoges, 16 janv. 1861 (D. P. 61. 5. 258).

[3] Aussi la taxe est-elle généralement requise par l'avoué, ce qui n'empêche pas que le droit de la requérir appartient aussi : 1° à quiconque a droit à un émolument fixé par le tarif, comme un huissier ou un gardien d'objets saisis (Arg. 1er D. 16 févr. 1807, art. 45 ; 2e D. du même jour, art. 5 ; civ. cass. 8 août 1877, D. P. 78. 1. 165 ; voy., sur les gardiens d'objets saisis, le tome IV) ; 2° à la partie elle-même, qui peut également faire opposition à l'ordonnance de taxe rendue par un juge incompétent (Nîmes, 16 juill. 1861 ; D. A. *v° cit.*, supp., n° 206).

[4] La première hypothèse est prévue par les articles 2 et suivants du second décret du 16 février 1807 ; la seconde par l'article 1er du même décret. La loi du 24 décembre 1897 n'a pas abrogé cette distinction : elle dit, il est vrai, sans distinguer (Art. 3), que la taxe est faite par le président ou par un des membres du tribunal, mais elle n'a certainement pas eu la pensée d'appliquer

§ **1205**. 1° En matière ordinaire, les frais sont taxés par le président du tribunal où les frais ont été faits ou, à son défaut, par un des juges. Il peut désigner, à cet effet, à la rentrée, l'un des membres du tribunal qui taxera pendant toute l'année judiciaire toutes les affaires plaidées devant le tribunal où il siège ou devant la chambre dont il fait partie[1] : il peut aussi — et c'est ce qu'il fait le plus souvent — répartir ce travail entre tous les juges, et commettre chacun d'eux, à tour de rôle, pour taxer les affaires plaidées devant lui[2]; mais, le juge taxateur doit toujours, à peine de nullité et le cas d'empêchement réservé, avoir pris part au jugement, pour n'être pas exposé à taxer à son insu des frais frustratoires ou qui n'auraient même pas été faits[3]. L'avoué qui

uniformément cette règle aux matières ordinaires et aux matières sommaires, et d'abroger ainsi l'article 1er du décret précité, aux termes duquel la liquidation est faite, en matière sommaire par le jugement même : une loi qui se propose (Voy. le § précédent) de simplifier les formes et d'économiser les frais n'a pu vouloir supprimer le mode de liquidation simple et économique qui existait déjà en matière sommaire. Il faut donc considérer la disposition précitée de son article 3 comme n'ayant trait qu'aux affaires ordinaires, et l'article 1er du second décret du 16 février 1807 comme encore applicable à la procédure sommaire. D'ailleurs, la commission de 1865 proposait de supprimer le mode de liquidation actuellement suivi en matière ordinaire, et d'appliquer en toute circonstance l'article 1er de ce décret (Greffier, *op. cit.*, p. 26); le projet de 1894 est naturellement entré dans la même voie (P. 107 et suiv.). Je laisserai de côté dans les §§ suivants les dispositions de ce décret et de la loi du 24 décembre 1897, qui sont relatives à la procédure d'appel dont je renvoie l'explication au tome VI.

§ **1205**. [1] Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 181. Je ne crois pas que la loi du 24 décembre 1897 (Voy. *infrà*, note 3) soit contraire à cet usage; du moment que le juge se trouve dans les conditions ci-après déterminées, il importe peu qu'il ait été désigné d'avance et pour toute l'année judiciaire.

[2] Bioche, *op. cit.*, v° *Taxe*, n° 9.

[3] Le second décret du 16 février 1807 prescrivait déjà que les dépens seraient liquidés « par un des juges qui aura assisté au jugement » (Art. 2), et cette règle était considérée comme prescrite à peine de nullité (Bioche, *op. v° et loc. cit.*; voy., dans le même sens un arrêt de la cour d'Angers, du 12 avril 1866, qui a déclaré nulle la taxe par le président d'un tribunal de première instance des frais faits en justice de paix, D. P. 66. 2. 111). La loi du 24 décembre 1897 (Art. 3) précise davantage : 1° le juge taxateur « devra » avoir pris part au jugement, et cette disposition impérative doit être considérée comme irritante, nonobstant l'article 1030 qui ne s'applique pas aux jugements et autres actes du ministère du juge (Voy. t. II, § **504**, et *suprà*, § **1168**); 2° le cas d'empêchement est réservé, et la taxe valablement faite, à défaut de juge disponible ayant pris part au jugement, par un autre membre du tribunal, mais « nous estimons, dit M. « Legrand, qu'il sera bon, lorsqu'il y aura empêchement, que le président le « constate en commettant un autre juge, et qu'à défaut du président ou de l'un « des juges ayant pris part à la décision, le magistrat commis de préférence soit « celui qui aurait assisté au jugement sans voix délibérative en vertu de la loi « du 30 août 1883 » (*Op. cit.*, n° 21 ; voy. sur cette disposition de la loi du 30 août 1883, *suprà*, § **1050**).

requiert la taxe remet au greffe un mémoire ou état de frais, sur papier timbré[4], en deux colonnes : l'une pour les déboursés, y compris le salaire des huissiers ; l'autre pour son propre émolument. Chaque article est, par conséquent, divisé en deux parties, dont la première contient les déboursés, y compris le salaire des huissiers, la seconde l'émolument net de l'avoué ; mais, comme il est alloué 10 centimes par article, chaque pièce de la procédure n'en peut former qu'un[5]. L'état de frais est accompagné des pièces justificatives, et communiqué au président qui écrit au bas : « *Commettons M. X...* ». En vertu de cette commission, et au vu des pièces justificatives qui lui sont remises par le greffier, le juge taxateur procède à la fixation des dépens[6]. D'ailleurs, à Paris, la taxe de la chambre des avoués précède celle du juge[7], et ce contrôle préalable profite à tous : au juge, dont le travail est ainsi préparé; aux justiciables, qui y trouvent une garantie de plus; à l'avoué, dont la réclamation a d'autant plus de poids qu'elle est appuyée par sa chambre; à la corporation, dont la dignité est intéressée à ce qu'aucun de ses membres ne demande plus qu'il ne lui est dû[8]. L'avoué dresse, à cet effet, deux états, l'un sur timbre l'autre sur papier libre; tous deux sont remis, avec les pièces justificatives, à la chambre qui commet un de ses membres pour faire la taxe; il la fait en marge de l'état sur papier libre, y annexe les pièces justificatives, et remet le tout au greffe. Après quoi le président commet le juge taxateur, qui fait la taxe définitive en marge de l'état sur papier timbré, en s'aidant du travail de la chambre et en le rectifiant au besoin[9]. Que la chambre

[4] L'avoué qui a occupé pour plusieurs parties ayant des intérêts distincts peut fournir autant d'états qu'il y avait de parties (Douai, 6 mars 1877, D. P. 79. 2. 224; Chambéry, 13 mai 1896, D. P. 96. 2. 351, S. 97. 2. 110).

[5] On peut seulement, pour plus de clarté et afin de simplifier la tâche du juge taxateur, subdiviser chaque article en indiquant le détail : tant pour le timbre, tant pour l'enregistrement, tant pour l'huissier (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 6).

[6] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 9.

[7] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 8. Bonnier, *op. cit.*, n° 1274. Le décret des 6-27 mars 1791 confiait aux chambres des avoués le soin de liquider les dépens : les juges n'y intervenaient que pour donner force exécutoire à la liquidation (Art. 33).

[8] 2e D. 16 févr. 1807, art. 2 (Voy. sur les attributions des chambres de discipline des avoués, t. I, § 222).

[9] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 9.

des avoués, ait fait, ou non, ce travail préparatoire, le juge à ce commis taxe chaque article en marge de l'état, d'après les indications du tarif et sans donner de motifs[10], réduit les demandes exagérées, rejette les actes frustratoires et ceux dont l'existence n'est pas justifiée[11], arrête et signe le total de chaque article[12], écrit « *taxé* » avec son parafe sur la pièce justificative correspondante, porte au bas de l'état le montant total de la taxe, et le signe avec le greffier : cet état demeure annexé aux qualités[13]. Le jugement peut, d'ailleurs, être expédié et délivré avant que les dépens soient liquidés[14].

§ **1206**. 2° En matière sommaire, « la liquidation des dé-
« pens est faite par le jugement qui les a adjugés : à cet effet,
« l'avoué qui aura obtenu la condamnation remettra, dans
« le jour[1], au greffier tenant la plume à l'audience l'état des
« dépens adjugés, et la liquidation en sera insérée dans le
« dispositif du jugement. Il ne sera rien alloué aux avoués
« pour l'état des dépens adjugés en matière sommaire, qu'ils
« doivent remettre aux greffiers à l'effet d'en faire insérer
« la liquidation dans le jugement »[2]. Cette procédure rapide et économique est requise à peine de nullité, en ce sens que

[10] Douai, 14 mars 1838 (D. A. *v° cit.*, n° 196).

[11] Voy., sur ce dernier cas, Orléans, 19 juin 1855 (D. P. 56. 2. 120). Le juge taxateur n'a pas le droit de réduire comme excessifs et illégaux les droits d'enregistrement que le receveur a cru devoir exiger; la partie qui prétend avoir trop payé de ce chef peut seulement requérir son avoué d'exercer la répétition sous la forme établie par les lois fiscales (Voy. l'arrêt précité de la cour d'Orléans; et, sur les réclamations élevées par les contribuables contre la régie de l'enregistrement, Naquet, *op. cit.*, t. III, n°s 1276 et suiv.). Enfin, le juge taxateur ne peut rejeter de la taxe, sous prétexte de défaut de communication des originaux, les actes dont le requérant produit copie (Req. 6 mai 1867; D. P. 68. 1. 173).

[12] Req. 23 juill. 1839 (D. A. *v° cit.*, n° 278).

[13] 2e D. 6 févr. 1807, art. 3 et suiv. Tarif des frais de taxe annexé à ce décret, §§ 2, 4 et 5.

[14] 2e D. 16 févr. 1807, art. 2.

§ **1206**. [1] Dans les vingt-quatre heures qui suivent le prononcé, et avant la signature du jugement (Bioche, *op. cit.*, v° *Exécutoire des dépens*, n° 2; voy., sur le délai dans lequel il doit être signé, *suprà*, § **1165**).

[2] 2e D. 16 févr. 1807, art. 1. L'article 543 disait déjà : « La liquidation sera « faite, en matière sommaire, par le jugement qui les adjugera ». D'après Chauveau, sur Carré (*Op. cit.*, t. IV, quest. 1889), ce mode de liquidation serait suivi non-seulement en matière sommaire, mais encore dans le cas des articles 761 et 766 relatifs à la procédure d'ordre. Chauveau commet ici une erreur, car la procédure est sommaire dans l'hypothèse prévue par ces articles (Voy. le tome V).

la liquidation n'est pas valable si le président ou un autre juge y a procédé seul[3], mais il est inutile de l'insérer dans le texte même du jugement[4], car il faudrait pour cela que l'avoué requérant eût obéi, dans le jour, aux prescriptions du décret, et il n'est pas admissible qu'il puisse, par négligence ou mauvaise volonté, retarder l'expédition du jugement. La partie adverse pourra donc faire lever ce dernier au greffe, sauf à l'avoué retardataire à présenter ensuite son mémoire au tribunal[5], mais en payant les frais de cette procédure supplémentaire qui a eu lieu par sa faute[6].

§ **1207**. B. La liquidation ainsi faite, il reste à fournir au poursuivant un titre au moyen duquel il puisse recouvrer les dépens dont il a été reconnu créancier.

Ce titre consiste, en matière ordinaire, dans l'expédition du jugement lui-même si le montant de la taxe y est porté[1], et, au cas contraire, dans l'exécutoire ou exécutoire des dépens, injonction que le juge taxateur adresse au nom du tribunal à la partie débitrice, de payer le montant des dépens mis à sa charge, et préalablement liquidés, à la partie qui les a obtenus[2], ou à son avoué qui en a obtenu la distraction[3].

[3] Req. 17 janv. 1842 (D. A. *v° cit.*, n° 289). Nîmes, 11 mars 1867 (D. P. 67. 2. 231).

[4] Voy., en ce sens, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 3, et v° *Taxe*, n° 4; Carré, *op. cit.*, t. IV, quest. 1859; Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 180; req. 16 juin 1884 (D. P. 85. 1. 161); req. 29 mai 1894 (D. P. 94. 1. 555); et les arrêts cités aux deux notes suivantes.

[5] Req. 2 mai 1810 (D. A. *v° cit.*, n° 274). Req. 27 avr. 1825 (D. A. v° *Référé*, n° 121).

[6] Bioche, *op., vis et locc. citt.* Rodière, *op. et loc. cit.* Civ. cass. 9 févr. 1813 (D. A. v° *Frais*, n° 908). Req. 20 juin 1826 (D. A. v° *Commissionnaire*, n° 456). Req. 7 janv. 1829 et 24 mai 1830 (D. A. v° *Frais*, n° 274). Civ. rej. 5 avr. 1870 (D. P. 74. 1. 321). *Contrà*, Grenoble, 28 mai 1823 (D. A. *v° cit.*, n° 283).

§ **1207**. [1] La distinction, indiquée ci-après entre les matières ordinaires et les matières sommaires (2e D. 16 févr. 1807, art. 5), est encore applicable sous la loi du 24 décembre 1897.

[2] Art. 137. 2e D. 16 févr. 1807, art, 6. En voici la formule : « Le tribunal... « a délivré en la chambre du conseil l'exécutoire de dépens dont la teneur suit : « *Le tribunal mande et ordonne à tous huissiers sur ce requis de contraindre « par les voies de droit le sieur... à payer au sieur... la somme de... montant « de la taxe faite par..., juge commis à cet effet, des frais et dépens faits « par ledit sieur..., et au paiement desquels le sieur... a été condamné par « jugement du...* Fait et délivré en la chambre du conseil de la première cham- « bre... ».

[3] Dans ce dernier cas l'exécutoire est ainsi conçu : « *Le tribunal mande et*

La minute, signée du président et du greffier[4], demeure annexée aux qualités du jugement[5]; le greffier en délivre la grosse, sans autre mandement du juge taxateur[6], dès que le jugement de condamnation a été signifié[7]; il la date[8] et la signe[9]; la partie qui l'obtient la signifie à avoué, et la met immédiatement à exécution[10]. La formule « *Mandons et or-* « *donnons* »[11], dont elle est revêtue, lui donne, en effet, la force exécutoire, et autorise la partie qui l'obtient à procéder aux voies d'exécution dont il sera parlé au tome IV de ce Traité[12]; mais, l'exécutoire n'étant qu'une ordonnance, deux conséquences en résultent : 1° il n'est soumis qu'à un droit fixe, et échappe au droit proportionnel qui se perçoit sur les jugements de condamnation[13]; 2° il n'emporte pas l'hypothèque judiciaire[14], dont l'inscription ne peut être requise du chef des dépens qu'en vertu d'un borde-

« *ordonne... de contraindre par toutes les voies de droit le sieur... à payer* « *à Me... avoué, comme ayant occupé pour le sieur..., la somme de..., au mon-* « *tant desquels le sieur... a été condamné par jugement du..., lequel jugement* « *a prononcé la distraction des dépens au profit dudit Me...* ».

[4] Le greffier signe seul l'expédition (Voy. *infrà*, note 9), mais la minute, délivrée en forme de jugement (Voy. la note précédente), est nécessairement signée, comme les jugements, par le président et par le greffier (Voy., sur la signature des jugements, *suprà*, § **1165**).

[5] Bioche, *op. cit.*, v° *Exécutoire de dépens*, n° 9.

[6] Rome, 1er mars 1811 (D. A. *v° cit.*, n° 909). Bourges, 9 janv. 1832 (D. A. v° *Expert*, n° 263). *Contrà*, Rennes, 11 juin 1811 (D. A. *v° cit.*, n° 909).

[7] A partie, puisqu'il s'agit d'un jugement de condamnation (Rodière, *op. et loc. cit.*; voy., sur les jugements qui doivent être signifiés à partie, *suprà*, § **1191**). La cour de Besançon a jugé, le 7 janvier 1815 (D. A. *v° cit.*, n° 914), que l'exécutoire peut être délivré, et même le paiement des frais poursuivi par les voies de droit, sans que le jugement ait été signifié.

[8] La date n'est pas requise à peine de nullité (Besançon, 25 nov. 1816; D. A. *v° cit.*, n° 910).

[9] A peine de nullité (Req. 23 juill. 1839; D. A. *v° cit.*, n° 278). La signature du président n'est plus nécessaire (Voy. *suprà*, note 4).

[10] La signification de l'exécutoire à partie n'est pas requise, car on vient de voir que ce n'est pas un jugement de condamnation (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 12, Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. II, n° 797, Rodière, *op. et loc. cit.*; voy., pour le cas où la partie condamnée serait décédée depuis le jugement, Garguilo, *Notificazione dell' ordinanza di tassatione di spese al procuratore della parte già morta*, dans *La procedura*, année 1897, p. 131 et suiv.). Cette signification faite sans réserves vaudrait-elle acquiescement au jugement? Voy. le tome VII.

[11] Voy., sur cette formule, *suprà*, § **1184**.

[12] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 39. Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 182. On peut donc faire commandement en vertu de cet exécutoire (Voy. le tome IV). Peut-on attaquer l'un sans l'autre? Voy. Paris, 21 sept. 1809 (D. A. *v° cit.*, n° 913).

[13] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 44.

[14] Il ne fait pas non plus courir les intérêts (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 41).

reau, qui fera mention non-seulement de l'exécutoire mais encore du jugement en vertu duquel il a été délivré ; le conservateur des hypothèques pourra même exiger la production de ces deux titres[15]. La taxe peut, d'ailleurs, être demandée et faite sans que l'exécutoire auquel elle donne droit soit immédiatement requis, sans préjudice du droit de le requérir ultérieurement comme complément de la taxe en faisant ajouter la formule exécutoire à l'ordonnance du juge taxateur[16]. Il n'y a pas, à proprement parler, d'exécutoire en matière sommaire : c'est le chef du jugement relatif à la liquidation qui en tient lieu, sauf à l'avoué qui n'a pas présenté son mémoire au tribunal en temps utile à requérir, quand il sera prêt, un exécutoire conçu en la forme ordinaire et dont il paiera les frais[17].

Munie de ce titre, la partie poursuivante prend les mesures nécessaires pour le recouvrement de sa créance, ordinairement la saisie et exceptionnellement la contrainte par corps[18]; mais la procédure varie, à cet égard, suivant que le recouvrement des dépens est poursuivi : 1° par l'avoué de la partie gagnante qui en a obtenu la distraction contre la partie condamnée à les payer; 2° par l'avoué ou par l'huissier d'une partie quelconque contre son client; 3° par la partie gagnante elle-même dont l'avoué n'a pas obtenu la distraction, ou par cet avoué lui-même non distractionnaire, contre la partie condamnée aux dépens[19]. Ces trois hypothèses diffèrent même non-seulement par les formalités qui les concernent, mais encore par la durée de la prescription qui s'y applique, car l'action des parties en paiement de frais se prescrit par trente ans, celle des avoués par deux ans, et celle des huissiers par un an[20]. On verra enfin au § **1216** qu'il y a des cas excep-

[15] C. civ., art. 2148-3°. 2° D. 16 févr. 1807, art. 5. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 40; v° *Hypothèque*, n° 17. Nancy, 30 janv. 1892 (D. P. 92. 2. 538). Voy., sur l'inscription de l'hypothèque judiciaire, *suprà*, § **1188**; et, sur les actes d'où résulte cette hypothèque, *suprà*, § **1123**.

[16] Legrand, *op. cit.*, n°s 22 et 24.

[17] Voy., en ce sens, les autorités citées au § précédent, note 6.

[18] Voy., sur ces voies d'exécution et, particulièrement, sur les cas où la contrainte par corps peut s'exercer aujourd'hui, les tomes IV et V.

[19] Ces trois hypothèses se présentent logiquement dans l'ordre indiqué au texte, mais la loi du 24 décembre 1897 (Art. 4 et 5) est rédigée de telle manière que je crois devoir renverser cet ordre pour rendre plus claires les explications qui suivent; je commencerai donc par la seconde hypothèse.

[20] C. civ., art. 2262, 2272 et 2273. L. 24 déc. 1897, art. 1er, al. 2. « La pres-

tionnels que ne vise aucune des dispositions spéciales de la loi du 24 décembre 1897 ou des textes antérieurs.

§ **1208**. *a*. C'est dans la première hypothèse que la loi du 24 décembre 1897 a le plus profondément modifié la législation antérieure, sous laquelle on a vu au § **1203** que, l'exécutoire ne formait titre que contre la partie condamnée aux dépens[1] — que la taxe elle-même, si elle avait été faite, n'était opposable qu'à cette partie — et que ni l'avoué ni l'huissier ne pouvaient agir en remboursement de leurs frais contre la partie pour laquelle l'avoué avait occupé sans prendre contre elle, en la forme or-

« cription (édictée par les articles 2272 et 2273) a lieu, quoiqu'il y ait eu continua-« tion des actes de leur ministère de la part des avoués et huissiers. Elle ne « cesse de courir que lorsqu'il y a eu compte arrêté, reconnaissance, obligation, « ou signification de taxe en conformité de l'article 4 ci-après (Voy., sur ce der-« nier point, le § suivant). Les articles 2275 et 2278 sont applicables à ces pres-« criptions » (*Ib.*, al. 3 et 4; voy., sur ces dispositions, Legrand, *op. cit.*, nos 8 et suiv.). Cette prescription n'est pas opposable aux huissiers, lorsqu'ils agissent contre l'avoué en paiement du coût des actes signifiés par son ordre : elle n'existe que dans les rapports des avoués et des huissiers avec leurs clients (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 443; trib. de la Seine, 23 févr. 1845. D. P. 45. 4. 306; Orléans, 15 mars 1856, D. P. 57. 2. 15; Grenoble, 25 févr. 1857, D. P. 57. 2. 212; Montpellier, 10 mars 1858, D. P. 71. 5. 302; trib. de Tours, 12 févr. 1868, D. P. 72. 1. 311). Elle s'applique à tous les émoluments dus à l'avoué ou à l'huissier, et à toutes les avances par eux faites dans l'exercice de leurs fonctions (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 441 et 443, Troplong, *De la prescription*, t. II, no 985, trib. de la Seine, 28 mars 1837, D. A. vo *Prescription civile*, no 999, Riom, 9 juin 1840, D. A. vo *Frais*, no 963, civ. cass. 16 déc. 1846, D. P. 47. 1. 33, Dijon, 26 déc. 1846, D. P. 47. 4. 379, req. 23 juin 1863, D. P. 63. 1. 344, civ. cass. 18 févr. 1873, D. P. 73. 1. 60, req. 14 juill. 1875, D. P. 76. 1. 439; *contrà*, Orléans, 30 juin 1842, D. A. vo *Prescription civile*, no 1023); mais elle est étrangère : 1° aux honoraires dus à l'avoué ou à l'huissier comme mandataire ou gérant d'affaires (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 440; Orléans, 30 juin 1842, D. A. *vo et loc. cit.*; trib. de paix d'Orange, 6 oct. 1851, D. P. 51. 2. 404; civ. cass. 25 févr. 1884, D. P. 84. 1. 400); 2° aux honoraires auxquels l'avoué a droit pour avoir plaidé la cause dans laquelle il occupait (Req. 22 juill. 1835, D. A. *vo et loc. cit.*; voy., sur les cas où les avoués ont le droit de plaider, t. I, § **93**); 3° aux frais faits par l'huissier à raison d'actes étrangers à la nature de ses fonctions (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 443, civ. cass. 18 févr. 1873, D. P. 73. 1. 60; comp. req. 12 mars 1844, D. A. *vo cit.*, no 115); 4° aux frais que la partie s'est engagée à payer à l'officier ministériel par elle employé, en vertu d'une transaction qui, constituant un titre nouveau, substitue à cette courte prescription celle de trente ans (Arg. C. civ., art. 2274; Agen, 16 juin 1890, D. P. 92. 2. 10). L'article 2273 fixe aussi le point de départ de la prescription de deux ans, quand l'affaire n'est pas finie ou n'aboutit pas à un jugement; mais je suppose toujours que la procédure se termine par un jugement, et je néglige, par conséquent, cette partie de l'article 2273. Aj., sur le délai à l'expiration duquel les avoués et huissiers sont déchargés des pièces à eux confiées, C. civ., art. 2276.

§ **1208**. [1] Bioche, *op. cit.*, vis *Frais*, no 36, et *Exécutoire de dépens*, no 5.

dinaire, un jugement rendu par le tribunal compétent. La taxe est aujourd'hui le préalable ordinaire de cette poursuite, la partie dont l'avoué ou l'huissier ne la demande pas peut l'exiger pendant deux ans[2], et ce droit étant comme autrefois d'ordre public[3], cette partie peut demander, dans le même délai à compter du jour du paiement ou du règlement par compte arrêté, reconnaissance ou obligation[4], le remboursement des dépens qu'elle a avancés au cours du procès ou payés depuis, sans qu'ils aient été préalablement taxés[5]; mais, quelle que soit la personne à la requête de laquelle elle est rendue, l'ordonnance du juge taxateur vaut titre exécutoire au profit des officiers ministériels dont les frais sont taxés, et les autorise à procéder contre elle, à l'époque qui sera déterminée au même §, à l'inscription de l'hypothèque judiciaire et aux voies ordinaires d'exécution[6]. L'officier ministériel dont les frais ont été taxés signifie à la partie débitrice, à personne ou à do-

[2] « Avant la loi du 5 août 1881, en l'absence de toute disposition particulière, « l'action pouvait être exercée pendant trente ans, ce qui était doublement in- « juste : d'une part, en laissant les avoués et huissiers ou leurs héritiers (Voy. « sur ces derniers, *infrà*, note 6) exposés à des demandes dont l'apprécia- « tion pouvait devenir difficile et impossible après de si longues années; et, « d'autre part, en soumettant les demandes des parties à la prescription tren- « tenaire du droit commun, tandis que les parties, pour les demandes formées « contre elles, bénéficiaient des prescriptions de courte durée (Voy., sur ce « point la suite de ce §). Aussi le principe adopté par la loi du 5 août 1881 a-t- « il été maintenu par la loi du 24 décembre 1897 » (Legrand, *op. cit.*, n° 14; aj. sur cette innovation, *suprà*, § **1203**, et, sur le caractère de ce délai — prescription proprement dite ou délai préfix? — Legrand, *op. cit.*, n° 15).

[3] Voy., sur ce point, Legrand, *op. cit.*, n° 12, et *suprà*, § **1203**.

[4] A moins que, la taxe ayant été préalablement faite, elle n'en ait payé le montant à l'amiable : cette circonstance est exclusive du droit de répétition (Legrand, *op. cit.*, n° 25; voy., sur ce paiement, trib. de Provins, 14 juin 1888, S. 91. 1. 405; sur la question de savoir si le paiement emporte acquiescement au jugement, le tome VII; et, sur le droit qu'a la partie qui l'a fait d'exiger la remise de l'exécutoire, Bioche, *op. cit.*, v° *Exécutoire de dépens*, n° 43, Nancy, 24 nov. 1825, D. A. *v° cit.*, n° 915). C'est la seule pièce dont elle puisse exiger la restitution : les autres doivent rester entre les mains de la partie ou de son avoué, en vue d'un appel ou d'un pourvoi en cassation auquel elle aurait à défendre (Paris, 12 déc. 1820 et 26 janv. 1825, Limoges, 6 févr. 1837; D. A. *v° et loc. cit.*).

[5] Voy. sur les motifs de cette courte prescription, *suprà*, note 2; et, sur le tribunal compétent pour connaître de la demande en restitution, Legrand, *op. cit.*, n° 16, et t. II, § **419**.

[6] Art. 4, al. 8. Voy., sur les motifs de cette innovation, *suprà*, § **1203**. La procédure tracée par l'article 4 est applicable, par analogie des règles posées t. II, § **419**, sur la compétence en matière de demandes en paiement de frais : 1° aux poursuites exercées par les officiers ministériels qui ont cessé leurs fonctions; 2° à celles de leurs héritiers, cessionnaires et autres ayants-cause; 3° à celles des parties qui, les ayant déjà remboursés, sont légalement ou conventionnellement subrogées à leurs droits (Voy. sur ces deux points, Legrand, *op. cit.*, n° 23).

micile[7], l'état détaillé des frais[8], et l'ordonnance du magistrat taxateur revêtue sur minute de la formule exécutoire[9]. Cette signification contient, en outre, à peine de nullité : 1° constitution d'avoué pour le requérant; 2° déclaration que cette ordonnance deviendra définitive, si elle n'est pas frappée d'opposition dans les délais déterminés ci-après[10]. L'ordonnance de taxe est, en effet, susceptible d'opposition[11] pendant quinze jours, avec prorogation ordinaire ou extraordinaire à raison de la distance[12], tant de la part de la partie débitrice que de celle qui en est bénéficiaire[13]. Ce délai n'est

[7] « Par acte d'avoué à avoué s'il y a avoué constitué, sinon à personne ou à domicile » (Art. 4, al. 1). « Il sera très exceptionnel que la partie ait, par suite « de circonstances particulières, un avoué constitué : on peut imaginer, à « titre d'exemple de l'une de ces circonstances, soit le cas où la taxe surviendrait « au cours d'une demande en restitution formée par la partie contre celui qui « avait précédemment agi ou occupé pour elle, soit le cas où la partie aura cons- « titué un avoué au lieu et place d'un avoué précédemment constitué ; mais, « dans ces rares hypothèses, il faut redire encore que l'avoué nouvellement « choisi et investi de la confiance du client est le mandataire le plus indiqué « pour recevoir la signification prescrite, et en faire la critique s'il y a lieu. « C'est à l'avoué qui reçoit la signification à prendre, comme en beaucoup d'autres « matières, la précaution de prévenir son mandant, et de le mettre, par cet avis, « à même d'exercer en temps utile les voies de recours que la loi prévoit..... « Aucun délai n'est déterminé entre la date de l'ordonnance de taxe et la date « de sa signification » (Legrand, *op. cit.*, n° 29).

[8] Voy. sur ce point, Legrand, *op. cit.*, n° 30.

[9] Art. 4, al. 1. Voy. sur cette formalité, Legrand, *op. cit.*, n° 27.

[10] Art. 4, al. 2. Legrand, *op. cit.*, n° 31.

[11] C'est la seule voie de recours dont elle soit susceptible : l'appel et le pourvoi en cassation dirigés contre un exécutoire n'étaient pas recevables sous l'empire du décret du 16 février 1807 (Bordeaux, 5 août 1829, D. A. *v° cit.*, n° 917, civ. rej. 31 mars 1875, D. P. 75. 1. 313, Poitiers, 21 janv. 1879, D. P. 79. 2. 95; voy. cep. la note dans D. P. 73. 2. 49); ils ne le sont pas davantage aujourd'hui (Legrand, *op. cit.*, n° 33).

[12] Conformément aux articles 73, 74 et 1033 (Voy., sur ces articles, t. II, §§ 522 et suiv.). Augmenté ou non à raison de la distance, le délai d'opposition entraîne déchéance. Il en était ainsi sous l'ancienne législation (Bioche, *op.*, *v° et loc. cit.*; Riom, 18 juill. 1822, D. A. *v° cit.*, n° 921; civ. cass. 16 déc. 1822, D. A. *v° cit.*, n° 925; Grenoble, 28 mai 1823, D. A. *v° cit.*, n° 283; Amiens, 15 janv. 1826, D. A. *v° cit.*, n° 921; Lyon, 1er avr. 1830, D. A. *v° cit.*, n° 923; Bruxelles, 16 mai 1832, D. A. *v° cit.*, n° 282; Caen, 20 juill. 1840, D. A. *v° cit.*, n° 921; Orléans, 8 janv. 1864, D. P. 64. 5. 197; req. 31 août 1864, D. P. 65. 1. 171; Besançon, 28 août 1871, D. P. 72. 2. 123; Chambéry, 13 mai 1896, D. P. 96. 2. 413, S. 97. 2. 110); et l'avoué pouvait, dans le cas même où la partie avait offert de régler le montant des frais après taxe, lui signifier l'exécutoire pour faire courir le délai d'opposition (Lyon, 25 janv. 1895; D. P. 96. 2. 332). La loi du 24 décembre 1897 n'a rien innové sur ce point.

[13] Legrand, *op. et loc. cit.* La partie débitrice pouvait, avant la loi nouvelle, faire opposition, dès qu'elle avait connaissance de l'ordonnance, et sans attendre qu'elle lui fût signifiée (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 20; Besançon, 7 janv. 1815, D. A. *v° cit.*, n° 930). Il en est encore de même aujourd'hui.

suspendu que par la mort de la partie qui a le droit de faire opposition, mais ne reprend alors son cours qu'après une nouvelle signification faite au domicile du défunt, et après l'expiration, s'il y a lieu, des délais pour faire inventaire et délibérer; cette signification peut être faite aux héritiers collectivement, et sans désignation des noms et qualités[14]. Le délai d'opposition est suspensif, et il n'est permis, avant son expiration, ni de procéder à l'exécution forcée ni même d'inscrire l'hypothèque judiciaire[15]. L'opposition est motivée[16], et faite par acte d'avoué à avoué s'il y a avoué constitué[17], sinon par ajournement[18]; elle interrompt la prescription et fait courir les intérêts[19]. L'affaire est jugée sans procédure[20] et en chambre du conseil[21], mais sur les conclusions du ministère public[22]. Le jugement est rendu en audience publique[23]; les qualités en sont réglées en la forme ordinaire[24]. Si la partie qui l'a obtenu néglige de le lever, l'adversaire peut

[14] Art. 4, al. 4. Legrand, *op. cit.*, n° 32. Le délai d'opposition court pendant vacations (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 18; Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 182), et l'expiration en est reportée au lendemain si le dernier jour est férié (Arg. L. 13 avr. 1895, art. 1; t. II, § **529**).

[15] Art. 4, al. 8. Legrand, *op. cit.*, n° 37.

[16] C'est une innovation de la loi du 24 décembre 1897 (Voy., en sens contraire, sous le décret du 16 février 1867, Bruxelles, 19 juin 1833, D. A. v° *Frais et dépens*, n° 287).

[17] Voy., sur cette distinction, *suprd*, note 7.

[18] On n'est pas tenu de mettre en cause les autres avoués qui ont occupé dans l'instance, quand l'opposition n'est pas dirigée contre leurs clients (Orléans, 19 juin 1856; D. P. 56. 2. 120), et la chambre des avoués n'est pas admise à intervenir (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 30; voy., sur l'intervention des chambres de discipline des officiers ministériels dans les procès où leurs membres sont parties, t. II, § **384**).

[19] Art. 4, al. 7. Legrand, *op. cit.*, n° 36.

[20] « *Sommairement* » disait le décret du 16 février 1807 (Art. 6). L'expression « *sans procédure* » de la loi du 24 décembre 1897 (Art. 4, al. 5) a le même sens.

[21] La jurisprudence était fixée en ce sens sous le décret du 16 février 1807 (Voy. la Ire édition de ce Traité, t. III, § **506**). La loi du 24 décembre 1897 est formelle (Art. 4, al. 5), et je ne crois pas qu'on puisse, en présence de ce texte, soutenir, comme autrefois (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 34, req. 8 juin 1864, D. P. 65. 1. 67; voy., d'ailleurs, en sens contraire, Douai, 29 avr. 1868, D. P. 69. 2. 88), que les parties auraient le droit de porter d'un commun accord, cette affaire à l'audience publique.

[22] Art. 4, al. 5. Voy., sur la communication au ministère public des affaires qui intéressent la justice ou ses auxiliaires, t. I, § **202**.

[23] Art. 4, al. 6. La question était controversée avant la loi nouvelle (Voy., sur ce point, la Ire édition de ce Traité, t. III, § **506**). Aj., sur l'appel en cette matière, le tome VI de la présente édition.

[24] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 35.

lui signifier sommation de le faire dans les trois jours, et, faute par elle d'y obtempérer, en lever lui-même une expédition avant même que les frais du jugement soient taxés, sauf à la partie qui l'a obtenu à les faire taxer en la forme ci-dessus prescrite[25].

§ **1209**. *b*. La loi du 24 décembre 1897 n'a pas voulu modifier trop profondément le droit antérieur, en ce qui concerne les poursuites de l'avoué distractionnaire contre la partie condamnée aux dépens. Elle a maintenu en partie, dans ce cas, les dispositions de l'article 133 du décret du 16 février 1807, aux termes desquelles : 1° l'avoué pour qui l'exécutoire était délivré inscrivait l'hypothèque judiciaire même avant de l'avoir signifié[1], et saisissait la partie condamnée immédiatement après la signification[2]; 2° cette partie et l'avoué lui-même pouvaient faire opposition pendant trois jours[3]. L'article 5 de la loi du 24 décembre 1897 pose en principe que « les mêmes règles (celles qui font l'objet du « § précédent) s'appliquent aux frais réclamés par un avoué « distractionnaire des dépens contre la partie adverse con- « damnée à les payer »; mais il ajoute : 1° que le délai d'opposition, quoique porté de trois à quinze jours, ne s'augmentera pas plus à raison de la distance, à moins que le jugement du fond ne soit par défaut, que dans le cas de poursuites exercées par un officier ministériel contre son propre client[4]; 2° que l'ordonnance de taxe est exécutoire pendant le délai d'opposition et jusqu'à ce que l'opposition ait été formée[5], et

[25] Ces dispositions du 2e décret du 16 février 1807 (Art. 7 et 8) sont encore applicables (Voy., sur le droit d'expédier les jugements avant que la taxe des frais ait été faite, *suprà*, §§ **1205** et **1206**).

§ **1209**. [1] En vertu du principe que les actes conservatoires faits en exécution d'un jugement peuvent en précéder la signification (Voy., sur ce point, *suprà*, § **1188**).

[2] Conformément au principe posé *suprà*, § **1189**.

[3] 2e D. 16 févr. 1807, art. 6.

[4] « La raison donnée dans le rapport fait à la Chambre des députés est que, lors- « que le jugement est contradictoire, la partie est représentée par son avoué, et « que le délai de quinzaine est suffisant sans augmentation des délais de distance; « cela est d'autant plus logique qu'il a été décidé par notre loi que la significa- « tion de l'exécutoire est faite par simple acte à l'avoué constitué » (Legrand, *op. cit.*, n° 41).

[5] Elle est alors signifiée à l'avoué lui-même (Trib. de Provins, 14 juin 1888; S. 91. 1. 405).

que l'hypothèque judiciaire peut, en conséquence, être inscrite même avant la signification de l'exécutoire, et la saisie pratiquée immédiatement après cette signification[6]. J'ai dit aux §§ **1112** et **1113** comment la distraction des dépens se demande et s'accorde, et à quelle situation elle porte remède; il me reste à parler : 1° de son caractère juridique; 2° des effets qu'elle produit; 3° des frais auxquels elle s'applique; 4° des cas où l'on peut la prononcer; 5° des rapports qui existent entre l'avoué distractionnaire et son client.

§ **1210**. α. Primus et Secundus avaient ensemble un procès, dont l'avoué de Primus lui a avancé les frais; Primus l'a gagné; Secundus a été condamné aux dépens. Si le tribunal n'en a pas prononcé la distraction, Primus en poursuit le paiement contre Secundus, et rembourse à son avoué les avances qu'il lui a faites; si l'avoué de Primus a obtenu la distraction des dépens, c'est lui-même qui poursuit Secundus et le force à les payer entre ses mains.

A quel titre, et que s'est-il passé pour que l'avoué de Primus, qui n'est pas le mandataire de Secundus, exige de lui le remboursement des avances qu'il ne lui a pas faites[1]? — Une subrogation légale de l'avoué de Primus aux droits et actions de ce dernier contre Secundus[2]? Non, car la subrogation légale a toujours lieu au profit de celui qui a payé le créancier pour le compte du débiteur[3]; or les avances de l'avoué

[6] Attendu que l'ordonnance de taxe est alors le complément de la décision dès maintenant exécutoire, qui a accordé à l'avoué la distraction des dépens (Legrand, *op. cit.*, n° 42).

§ **1210**. [1] Bioche supprime la difficulté : « Les avances ayant été réellement « faites par l'avoué et non par le client, l'avoué est le véritable créancier; le « client ne le devient qu'autant qu'il a commencé à rembourser l'avoué : la dis- « traction consacre donc un fait réel et non une fiction » (*Op. cit.*, v° *Dépens*, n° 202). C'est une erreur complète : les avances de l'avoué ne le constituent que créancier de son client, et il ne devient créancier de l'autre partie qu'en vertu d'une fiction ou d'une opération juridique (Voy., sur cette question, Bouisson, *De la distraction des dépens, sa nature et ses effets*, dans la *France judiciaire*, t. IV, 1880, I° part., p. 93 et suiv., 130 et suiv.).

[2] Bonnier, *op. cit.*, n° 289. Je ne puis croire qu'en parlant de subrogation légale, cet auteur fasse allusion à la subrogation improprement dite des créanciers aux droits et actions de leur débiteur (C. civ., art. 1166; voy. t. I, § **310**) : on a vu, en effet, au § **1111** — et j'y vais revenir — que la distraction des dépens a justement pour but d'éviter à l'avoué les inconvénients qu'aurait pour lui l'application pure et simple de l'article 1166 du Code civil.

[3] « La subrogation a lieu de plein droit : 1° au profit de celui qui, étant lui-

de Primus à son client ne sont pas un paiement, et Primus n'est pas débiteur de Secundus, puisqu'au contraire c'est Secundus qui doit à Primus les frais du procès qu'il a perdu contre lui[4]. — Une délégation parfaite ou novation par changement de créancier, que Primus serait censé consentir à son avoué en lui donnant pour débiteur son propre débiteur Secundus[5]? Pas davantage, car le délégataire n'a recours contre le déléguant que si le délégué était déjà en faillite ou en déconfiture au moment de la délégation[6], et l'on va voir l'article 133 réserver d'une manière absolue l'action de l'avoué contre son client s'il a quelque intérêt à l'exercer, et, notamment, si la partie qui a perdu le procès se trouve insolvable[7]. — Une *procuratio in rem suam*, également tacite, donnée par Primus à l'avoué, son créancier, à l'effet de poursuivre Secundus son débiteur[8]? Encore moins, car Secundus pourrait alors opposer à l'avoué de Primus les mêmes causes de compensation qu'à Primus lui-même[9], et l'utilité de la

« même créancier, paie un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses « privilèges ou hypothèques; 2° au profit de l'acquéreur d'un immeuble qui « emploie le prix de son acquisition au paiement des créanciers auxquels cet « héritage était hypothéqué; 3° au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres « ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt à l'acquitter; 4° au « profit de l'héritier bénéficiaire qui a payé de ses deniers les dettes de la suc- « cession » (C. civ., art. 1251).

[4] Comp. Glasson, sur Boitard et Colmet-Daage, *op. cit.*, t. I, n° 282, note 1.

[5] Voy., sur la délégation parfaite qui entraîne novation, Jaubert, *Rapport au Tribunat* (dans Locré, *op. cit.*, t. XII, p. 481); Demolombe, *op. cit.*, t. XXVIII, nos 309 et suiv.; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 219; Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, nos 233 *bis*-III et suiv.; Larombière, *op. cit.*, t. V, sur l'art. 1275, nos 1 et suiv.

[6] C. civ., art. 1276. Voy., sur l'application de cet article, Jaubert, *op. cit.* (dans Locré, *op. et loc. cit.*); Demolombe, *op. cit.*, t. XXVIII, nos 315 et suiv.: Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 222; Larombière, *op. cit.*, t. V, sur l'art. 1276, nos 1 et suiv.

[7] Glasson, sur Boitard et Colmet-Daage, *op. et loc. cit.* Paris, 8 therm. an VIII (D. A. *v° cit.*, n° 121).

[8] L'idée de la *procuratio in rem suam* est empruntée au droit romain (Dig., LL. 13, § 1, *De pact.*, II, XIV, 25 et 55, *De procur.*, III, III, 17, § 3, *De jurej.*, XII, II, 18, pr., *De comp.*, XVI, II; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 633; Accarias, t. II, nos 640 et suiv.).

[9] Le mandataire est exposé aux mêmes moyens de défense que le mandant qu'il représente (Laurent, *op. cit.*, t. XXVIII, n° 51). M. Glasson ajoute que l'avoué considéré comme *procurator in rem suam* subirait aussi le concours des créanciers de sa partie (Sur Boitard et Colmet-Daage, *op. et loc. cit.*); mais je n'en crois rien, car j'ai montré au § **1111** que, grâce au privilège de l'article 2102-3° du Code civil, l'avoué, même non distractionnaire, ne concourt jamais avec les autres créanciers de son client.

distraction disparaîtrait ainsi presque entièrement[10]. — Une cession forcée, que Primus est censé avoir faite à son avoué, de la créance qu'il a contre Secundus? L'article 1690 du Code civil, relatif aux cessions volontaires, ne s'y appliquerait pas : l'avoué serait donc saisi de la créance par le seul effet du jugement, quand même la cession n'aurait été ni signifiée à Secundus ni acceptée par lui[11]; on présumerait son acceptation puisqu'il n'a pas le droit de la refuser, et il perdrait ainsi, *ipso facto*, le droit d'opposer à l'avoué les causes de compensation qu'il eût pu, avant le jugement, faire valoir contre Primus[12]. Cette ingénieuse explication, empruntée aux anciens auteurs[13], est généralement admise[14], mais elle se heurte surtout à deux objections[15]. 1° Elle ne concorde pas avec l'article 133, car celui qui cède sa créance n'en garantit, sauf convention contraire, que l'existence au moment de la cession[16], au lieu que l'article 133 autorise l'avoué à recourir

[10] Elle ne servirait plus qu'à empêcher la partie gagnante de céder, au préjudice de son avoué, la créance qui lui appartient à raison des dépens (Voy. *suprà*, § **1111**).

[11] En règle générale, « le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par « la signification du transport faite au débiteur; néanmoins, le cessionnaire peut « être également saisi par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans « un acte authentique » (C. civ., art. 1690). L'acte d'acceptation n'est efficace vis-à-vis des autres intéressés (créanciers saisissants ou cessionnaires successifs) que lorsqu'il est fait en forme authentique; mais le débiteur cédé est lié personnellement envers le cessionnaire par son acceptation, même verbale ou sous seing privé (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 428; Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. VII, n° 136 *bis*-IV).

[12] « Le débiteur, qui a accepté purement et simplement la cession qu'un créan- « cier a faite de ses droits à un tiers, ne peut plus opposer au cessionnaire la « compensation qu'il eût pu, avant l'acceptation, opposer au cédant » (C. civ., art. 1298).

[13] Pothier, *op. cit.*, n° 135.

[14] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 201 et 226. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 569 *bis*. Boncenne, *op. cit.*, t. II, p. 552. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. II, n° 180. Bonnier, *op. et loc. cit.* Amiens, 5 mai 1820 (D. A. v° *Frais*, n° 120). Limoges, 27 août 1823 (D. A. *v° cit.*, n° 145).

[15] Je dis *surtout*, car on peut remarquer encore : 1° que cette explication conduirait à dire que l'avoué, comme cessionnaire de son client, a trente ans pour agir contre la partie qui a perdu le procès (C. civ., art. 2262); ce serait étrange, alors que son action contre la partie qui a gagné le procès se prescrit par deux ans (Voy. *suprà*, § **1207**); 2° que les lois fiscales ne soumettent la distraction des dépens à aucun droit de mutation : oubli inexplicable, si la distraction transportait la créance de la partie gagnante à son avoué (Voy., sur ces deux points, Glasson, sur Boitard et Colmet-Daage, *op. et loc. cit.*).

[16] Il ne répond de la solvabilité du débiteur cédé que s'il en a pris l'engagement, et cette promesse ne s'entend que de la solvabilité actuelle, à moins que le cédant n'ait formellement promis de « fournir et faire valoir », c'est-à-dire garanti la sovabilité future du débiteur cédé (C. civ., art. 1693 à 1695).

contre Primus dès qu'il y a intérêt, dès que, par exemple, Secundus est insolvable. 2° Si Primus était réputé avoir cédé sa créance contre Secundus, il n'aurait plus d'action contre lui, eût-il remboursé à son propre avoué les frais par lui faits : résultat inacceptable qui n'aboutit à rien moins qu'à laisser les frais du procès à la charge de celui qui l'a gagné[17].

La distraction des dépens ne peut s'analyser, suivant moi, qu'en l'une des trois opérations suivantes : 1° une délégation imparfaite, par laquelle Primus est censé donner pour débiteur à son avoué son propre débiteur Secundus[18]; 2° une saisie-arrêt, que l'avoué est censé pratiquer aux mains de Secundus sur les sommes dues par celui-ci à Primus[19]; 3° une action directe, que l'article 133 confère à l'avoué de Primus contre Secundus, débiteur de son débiteur, pour le soustraire à l'application périlleuse, à certains égards, de l'article 1166

[17] Comp. Glasson, sur Boitard et Colmet-Daage, *op. et loc. cit.*

[18] C'est cette espèce de délégation que vise l'article 1275 du Code civil : « La « délégation, par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui « s'oblige envers le créancier, n'opère point de novation, si le créancier n'a « expressément déclaré qu'il n'entendait décharger son débiteur qui a fait la « délégation » (Voy., sur la délégation imparfaite, Demolombe, *op. cit.*, t. XXVIII, n°s 310 et suiv., Laurent, *op. cit.*, t. XVIII, n° 34, Larombière, *op. cit.*, t. V, sur l'art. 1275, n° 8; et, sur l'application de cette idée à la distraction des dépens, Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 283, Paris, 8 therm. an VIII, D. A. v° *Frais*, n° 121).

[19] « La distraction des dépens, dit M. Glasson, est un bénéfice de la nature « de la saisie-arrêt, avec privilège au profit de l'avoué considéré comme premier « saisissant. Dans notre ancien droit, la saisie-arrêt créait un privilège au profit « du premier saisissant, et, à cette époque, la distraction des dépens, imaginée « par la pratique, donnait précisément au procureur l'avantage d'être premier « saisissant. Aujourd'hui elle produit encore cet effet, et, de plus, donne un pri- « vilège spécial que n'a plus, dans les autres cas, le premier saisissant. Sans « doute, ce privilège spécial n'est pas compris dans l'énumération du Code civil, « mais celui-ci n'a pas l'intention de les indiquer tous. Il est vrai encore que « l'article 133 ne donne pas à la distraction des dépens le nom de privilège, mais « il ne la qualifie pas non plus autrement : en réalité, il faut bien admettre « l'existence d'un privilège si la distraction en a la nature; or on ne peut lui « faire produire les effets que la loi a voulu lui attribuer qu'en lui reconnaissant « cette nature » (Sur Boitard et Colmet-Daage, *op. et loc. cit.*, t. I, n° 280). Je conçois qu'on voie dans l'article 133 une application des principes de la saisie-arrêt, mais je n'admets pas qu'elle confère à l'avoué un privilège : cela pouvait se comprendre à l'époque où le premier saisissant avait un privilège à l'encontre des saisissants postérieurs; c'est impossible aujourd'hui que la saisie-arrêt ne confère plus de privilège à celui qui l'a le premier pratiquée (Voy., sur ces deux points, le tome IV). D'ailleurs, à quoi bon insister sur ce point, que l'avoué distractionnaire a un privilège à l'encontre des autres créanciers de sa partie? Il en est de même de l'avoué qui n'a pas obtenu la distraction des dépens, et ce n'est pas en cela que consiste l'utilité de cette mesure (Voy. *suprà*, § 1111).

du Code civil[20]. On peut hésiter entre ces trois points de vue : le dernier me paraît le plus exact; mais, lors même qu'on s'arrêterait à l'un des deux autres, on va voir que les avantages essentiels de la distraction des dépens seraient assurés[21].

§ **1211**. β. La distraction des dépens enlève à la partie gagnante, pour la transporter à son avoué, la créance qu'elle a de ce chef contre celle qui a perdu le procès.

Il en résulte cinq conséquences[1]. 1° Les poursuites en paie-

[20] Voy., sur l'article 1166 du Code civil et sur l'action directe qui dispense d'y recourir, t. I, §§ **310** et suiv.

[21] Voy., sur ces avantages, *suprà*, § **1111**. L'action directe donne au créancier qui l'exerce contre les débiteurs de son débiteur un droit propre, auquel ce dernier ne peut porter atteinte en cédant sa créance, et auquel le débiteur poursuivi ne peut opposer que des moyens de défense dirigés personnellement contre celui qui le poursuit. La saisie-arrêt rend la créance saisie-arrêtée indisponible, et empêche le tiers saisi d'opposer au saisissant les causes de compensation qu'il avait contre le saisi (Voy., pour plus de détails, le tome IV). La délégation imparfaite rend le délégué débiteur personnel du délégataire, et, tout en laissant à celui-ci le droit d'actionner à son gré le déléguant, elle dessaisit ce dernier de sa créance dont il ne peut plus disposer au préjudice du délégataire, et empêche le délégué d'opposer au délégataire les moyens de défense qui ne sont pas personnels à ce dernier.

§ **1211**. [1] La distraction des dépens ne produit pas d'autres effets. On dit cependant qu'elle confère un privilège à l'avoué à l'encontre des autres créanciers de sa partie (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 246; Metz, 12 déc. 1810, D. A. *v° cit.*, n° 120), ou qu'elle l'empêche d'opposer à l'avoué les saisies-arrêts pratiquées par les autres créanciers de sa partie sur les sommes qui lui sont dues à titre de dépens (Boncenne, *op. cit.*, t. II, p. 558; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.*; Amiens, 5 mai 1820, D. A. *v° et loc. cit.*; Besançon, 23 févr. 1872, D. P. 73. 5. 274). Cette idée revient à la première, car déclarer nulles à l'égard de l'avoué distractionnaire les saisies-arrêts pratiquées par les créanciers de sa partie, c'est lui reconnaître à leur encontre un droit de préférence et, par conséquent, un privilège. Or je tiens ces deux idées pour inexactes, en ce sens que le privilège de l'avoué pour le remboursement de ses avances ne résulte pas de la distraction des dépens, et appartient aussi bien à l'avoué distractionnaire qu'à celui qui ne l'est pas (Voy. *suprà*, § **1111**, et le § précédent, note 19). Quant à l'arrêt de la chambre des requêtes, du 11 décembre 1834 (D. A. *v° cit.*, n° 146), qui a refusé ce privilège à l'avoué même distractionnaire, je n'ai pas besoin de démontrer l'erreur absolue dans laquelle il est tombé (Comp., sur le même point, req. 19 mars 1895, D. P. 95. 1. 427). A d'autres points de vue, la distraction des dépens ne modifie pas la situation de l'avoué distractionnaire, et n'ajoute rien à ses droits; ainsi : 1° son action contre le perdant se prescrit par deux ans (Trib. de Lyon, 20 nov. 1869, D. P. 70. 3. 87; *contrà*, Grenoble, 22 juill. 1824, D. A. v° *Prescription civile*, n° 1026; voy., sur cette prescription, *suprà*, § **1207**); 2° l'époux commun en biens, qui plaide contre son conjoint et le fait condamner aux dépens, ne peut le poursuivre tant que dure la communauté (C. civ., art. 1478; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. V, p. 372; Troplong, *Du contrat de mariage*, t. III, n° 1700; Rodière et Pont, *op. cit.*, t. II, n° 965), et son avoué, même distractionnaire, n'a pas plus de droits que lui (Paris, 5 mars 1840; D. A. v° *Frais*, n° 149).

ment de frais sont exercées par l'avoué pour son propre compte : aussi a-t-on vu au § **1207** que l'exécutoire est délivré à son nom en matière ordinaire, et c'est également à son profit personnel que le jugement taxe les frais en matière sommaire[2]. 2° Le gagnant ne peut céder sa créance à un tiers au préjudice de son avoué[3]. 3° Il ne peut poursuivre la partie qui a succombé par les voies d'exécution, car il n'a pas d'exécutoire, ou par une demande en justice, car il exposerait ainsi cette partie à payer deux fois[4]. 3° Cette dernière ne peut prendre les devants et payer le gagnant au préjudice de son avoué ; l'a-t-elle fait, l'avoué n'en doit pas souffrir et peut exiger un nouveau paiement[5]. 4° Les causes de compensation qui existaient entre la partie qui a gagné et celle qui a perdu ne peuvent être opposées à l'avoué[6]. 5° Celui-ci peut requérir, en produisant les pièces indiquées au § **1207**, l'inscription de l'hypothèque judiciaire attribuée à son client par le jugement qui lui adjuge les frais[7].

[2] Bioche, *op. et v° cit.*, n°s 236 et 237. Comp. *suprà*, § **1206**.

[3] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 229. Boncenne, *op. et loc. cit.* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Req. 18 déc. 1834 (D. A. *v° cit.*, n° 137). Paris, 15 déc. 1855 (D. P. 56. 2. 1). Montpellier, 11 mai 1869 (D. P. 70. 2. 73). Besançon, 23 févr. 1872 (D. P. 73. 5. 274).

[4] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 228. Civ. cass. 25 mai 1807 (D. A. *v° cit.*, n° 123). *Contrà*, Paris, 26 avr. 1872 (D. P. 73. 2. 97).

[5] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 227. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 568. Bonnier, *op. cit.*, n° 292.

[6] Voy., en ce sens, Paris, 2 mai 1860 (D. A. *v° cit.*, supp., n° 116). Toutefois, il a été jugé avec raison que, si l'avoué a reçu un à-compte de son client, le perdant peut lui opposer la compensation jusqu'à concurrence de cet à-compte, car, si la distraction porte sur tous les frais, même sur ceux dont l'avoué n'a pas encore fait l'avance (Voy. *infrà*, même §), ce n'est pas une raison pour qu'il puisse réclamer le montant de sommes qu'il a déjà touchées. Le perdant a donc le droit d'exiger que l'avoué représente le registre où il a dû les inscrire conformément à l'article 151 du décret du 16 février 1807 (Voy., sur ces deux points, civ. cass. 8 juin 1842, D. A. *v° cit.*, n° 138; et, sur cet article *suprà*, § **1112**, note 5).

[7] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 235. Bonnier, *op. et loc. cit.* Voy., sur cette hypothèque, *suprà*, § **1123**. La cour de cassation (chambre des requêtes) a jugé, le 30 janvier 1839, qu'une femme ayant gagné un procès contre son mari, et le tribunal ayant ordonné, par une disposition spéciale de son jugement, que l'hypothèque légale garantirait le paiement des dépens adjugés à cette femme, son avoué distractionnaire a le droit d'exercer cette hypothèque en son propre nom et sans en avoir pris préalablement inscription (D. A. *v° cit.*, n° 122; comp. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 234). Je ferai remarquer : 1° que cette disposition spéciale du jugement n'était pas nécessaire, car le procès avait trait, dans l'espèce, à la liquidation des droits de la femme, qui jouit de plein droit de l'hypothèque légale pour les dépens auxquels son mari a été condamné envers elle en sa qualité de mari, et notamment en matière de liquidation de ses propres droits et reprises

Ces divers effets de la distraction des dépens se produisent, sans nul doute, à compter du jour où l'avoué distractionnaire a signifié son exécutoire à la partie qui a succombé[8]; mais *quid* jusqu'à ce moment? Le gagnant restera-t-il libre de céder sa créance, de poursuivre le perdant, et de se faire payer par lui? Le perdant pourra-t-il opposer à l'avoué les causes de compensation survenues entre le gagnant et lui? On l'a soutenu par argument de l'article 1690 du Code civil, aux termes duquel la cession de créance n'est opposable aux tiers, et spécialement au débiteur cédé, si ce dernier ne l'a acceptée ou s'il n'en a reçu signification[9]; mais cette solution ne peut être admise. 1° La distraction des dépens n'est pas une cession de créance[10]. 2° Le fût-elle, ce serait une cession forcée à laquelle l'article 1690 du Code civil serait inapplicable[11]; 3° et surtout elle perdrait, ainsi entendue, la plus grande partie de son utilité, car elle a pour but de combler les lacunes et de remédier à l'insuffisance de l'article 1166 du Code civil; or, à partir du moment où les créanciers, qui

(Aubry et Rau, *op. cit.*, t. III, p. 217; Troplong, *op. cit.*, t. II, n° 418 *ter;* Pont, *op. cit.*, t. I, n° 439; Agen, 15 nov. 1847, D. P. 48. 2. 29); 2° que son avoué est certainement subrogé à son hypothèque légale, car, en lui donnant une action directe contre la partie qui succombe, l'article 133 n'a pas voulu lui ôter le bénéfice du droit commun, c'est-à-dire le droit d'exercer l'action même de sa débitrice avec les garanties qui l'entourent (Voy. cep. M. Glasson qui n'admet pas, sur Boitard et Colmet-Daage, *op. et loc. cit.*, que l'avoué distractionnaire profite des accessoires de la créance de son client); 3° que la dispense d'inscription n'existe plus aujourd'hui au profit de l'avoué qui exerce l'hypothèque légale de la femme dont il est créancier : les créanciers subrogés à l'hypothèque légale de la femme ou cessionnaires de cette hypothèque « n'en sont saisis, à l'égard « des tiers, que par l'inscription de cette hypothèque à leur profit, ou par la « mention de la subrogation en marge de l'inscription préexistante » (L. 23 mars 1855, art. 9).

[8] L'opposition à la taxe les suspend, car ils ne se produisent définitivement qu'après que les frais ont été taxés : cette opposition doit donc être dirigée contre la partie, bien que son avoué ait obtenu la distraction (Bioche, *op. cit.*, v° *Exécutoire de dépens*, n° 26, Bordeaux, 29 août 1828, D. A. *v° cit.*, n° 926; *contrà*, Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 183; voy., sur l'opposition à la taxe des dépens, *suprà*, § **1208**), et l'article 5 de la loi du 24 décembre 1897, qui restreint le délai de cette opposition à trois jours (Voy. *suprà*, § **1209**), ne s'applique pas aux demandes formées contre l'avoué distractionnaire par la partie perdante à raison des effets de la distraction par lui obtenue (Trib. d'Avesnes, 1er mars 1894; D. P. 95. 2. 34). D'autre part, la distraction obtenue par l'avoué de la partie gagnante ne l'empêche pas de former opposition à la taxe des frais qui lui sont dus (Orléans, 19 juin 1855; D. P. 56. 2. 120).

[9] Civ. cass. 25 mars 1807 (D. A. *v° cit.*, n° 123).

[10] Voy. le § précédent.

[11] Voy. *suprà*, *ib.*

exercent les droits et actions de leur débiteur en vertu de cet article, ont mis en cause la personne contre laquelle ils font valoir ces droits, ils n'ont plus à craindre que leur débiteur se fasse payer par cette personne, ou dispose de son droit en le cédant, en y renonçant ou en transigeant[12]. La distraction des dépens serait donc inefficace si elle ne procurait que cet avantage à l'avoué qui l'obtient, et, pour lui donner quelque utilité, il faut nécessairement admettre que, dès le jour du jugement qui la prononce, l'avoué distractionnaire est investi d'un droit propre auquel les parties ne peuvent pas porter atteinte[13].

§ **1212**. γ. La distraction n'est accordée qu'à l'avoué qui affirme avoir fait la majeure partie des avances[1]; mais il est généralement admis qu'à l'exception des frais frustratoires[2], elle embrasse tous les dépens adjugés à la partie qui a obtenu gain de cause[3]. Elle comprend donc les sommes que cette partie a remises à son avoué à titre d'à-compte, et celles qui n'ont pas encore été déboursées, comme le coût du jugement et de la signification qui en sera probablement faite[4], et de l'opposition qui pourra être faite à la taxe. L'avoué qui, ayant déboursé 400 francs et reçu sur cette somme un à-compte de 150 francs, aura obtenu 400 francs en vertu de la distraction des dépens, devra compte de 150 francs à sa partie[5], les lui remettra, ou les compensera avec ce qu'elle

[12] Voy., sur ce point, t. I, §§ **311** et **312**.

[13] Voy., en ce sens, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 228; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.*; Bonnier, *op. et loc. cit.* Réciproquement, l'avoué distractionnaire agissant en son nom propre ne peut compromettre les droits de son client, et le fait, par lui, de recevoir sans réserves le paiement des dépens à lui adjugés ne constitue pas un acquiescement opposable à son client (Toulouse, 16 juin 1892; D. P. 92. 2. 560).

§ **1212**. [1] Voy., sur cette affirmation, *suprà*, § **1112**.

[2] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 233. Voy., sur les frais frustratoires, *suprà*, § **1198**.

[3] Les dépens seulement, et non pas les faux frais et honoraires qui ne doivent pas y être compris (Voy., sur ce point, *suprà*, *ib.*).

[4] La signification du jugement n'est pas indispensable : la partie qui a obtenu le jugement ne le signifie pas, si elle n'a pas l'intention de l'exécuter, s'il lui est indifférent que les délais d'appel ne courent pas, ou si, le jugement étant en dernier ressort, elle n'a pas d'appel à redouter (Voy. *suprà*, § **1190**).

[5] Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. et loc. cit.* Poitiers, 20 mai 1846 (D. P. 46. 2. 187). La partie qui a succombé, et qui se trouve créancière du gagnant,

peut lui devoir encore pour faux frais ou honoraires[6]. Quant aux frais postérieurs au jugement, l'avoué peut les comprendre dans son exécutoire; on a seulement le droit d'exiger de lui une nouvelle affirmation qu'il en a fait l'avance[7].

§ **1213**. δ. La distraction des dépens ne peut être accordée que par un jugement qui condamne à les payer. L'article 133 ne le dirait pas formellement qu'on l'aurait deviné, car donner à l'avoué d'une partie le droit d'exiger les dépens de l'autre, c'est nécessairement supposer que celle-ci est condamnée à les payer[1].

Deux conséquences résultent de ce principe. 1° La distraction est impossible, lorsqu'aucune partie n'est condamnée aux dépens, ce qui arrive : 1) quand le procès ne finit pas par un jugement mais par une transaction[2]; 2) quand les dépens sont compensés en totalité ou les parties renvoyées sans dépens, chacune d'elles devant régler purement et simplement le mémoire de son avoué[3]. 2° Tout jugement qui condamne aux dépens peut en prononcer la distraction sous les conditions indiquées au § **1112**; ainsi : 1) la compensation partielle des dépens n'empêche pas la distraction[4] (Primus et Secundus ayant fait chacun 200 francs de frais, et le tribunal ayant

pourra-t-elle, au moins, opposer en compensation à l'avoué distractionnaire les sommes qu'il a reçues en à-compte de sa partie? Voy., sur ce point, le § précédent, note 6.

[6] Voy., sur les faux frais et honoraires, *suprà*. § **1198**.

[7] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 224, et v° *Exécutoire de dépens*, n° 42. Metz, 12 déc. 1810 (D. A. *v° cit.*, n° 120). Bruxelles, 7 août 1812; Montpellier, 2 mai 1823 (D. A. *v° cit.*, n° 133). La cour de Paris en a décidé autrement le 14 juillet 1812 : elle a jugé que l'avoué doit demander par requête spéciale, après le jugement, la distraction des frais postérieurs à ce jugement (D. A. *v° cit.*, n° 132).

§ **1213**. [1] Bioche, *op. cit.*, v° *Dépens*, n°s 202 et suiv. Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 568. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. cit.*, n° 290.

[2] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 204. Il en serait différemment en cas de fraude, car l'avoué aurait le droit de prouver que les parties qui n'étaient nullement d'accord sur le fond du procès ont simulé une transaction pour empêcher la distraction : cette prétendue transaction serait annulée quant à lui, et la distraction prononcée (Bioche, *op. et v° cit.*, n° 242). Il en est de même en cas d'acquiescement (Besançon, 23 févr. 1872; D. P. 73. 5. 274) et de désistement (Limoges, 10 janv. 1835, D. A. *v° cit.*, n° 127; Caen, 31 août 1842, D. P. 45. 4. 287). Voy., sur ces deux solutions possibles de l'instance, le tome VII.

[3] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 202. Voy., sur la compensation totale des dépens, *suprà*, § **1102**.

[4] Voy., sur la compensation partielle des dépens, *suprà*, *ib.*

ordonné que Secundus paierait ses propres dépens plus le quart de ceux de Primus, l'avoué de Primus pourra obtenir la distraction jusqu'à concurrence de 50 francs, qui représentent la portion des dépens à laquelle Secundus est condamné envers Primus[5]); 2) la distraction peut être accordée aux avoués de deux parties respectivement condamnées aux dépens, en sorte que chacun d'eux poursuivra l'adversaire de son client (Primus et Secundus ont fait, l'un 100 francs l'autre 150 francs de frais; le tribunal a condamné Primus à payer les frais de Secundus, et Secundus à payer ceux de Primus; la distraction peut être accordée à l'avoué de Primus jusqu'à concurrence de 100 francs, et à celui de Secundus jusqu'à concurrence de 150 francs[6]; chaque avoué fait alors taxer séparément la totalité de ses frais, et obtient exécutoire pour la part à laquelle l'adversaire de son client est condamné[7]); 3) il en est de même si le tribunal ordonne qu'il soit fait masse des dépens[8], car il condamne par-là chacune des parties à en payer une certaine portion, et, du moment qu'il y a condamnation, il peut y avoir distraction[9].

Qu'arrivera-t-il s'il résulte de la liquidation que chaque partie n'a dépensé qu'une somme égale à celle qui est mise à la charge de son adversaire? Dira-t-on alors que la distraction valablement accordée ne peut s'exécuter, parce qu'aucune partie ne se trouvant créancière des dépens, aucune n'y est condamnée? Et, de même, s'il y a un écart entre les frais exposés par une partie et la portion de dépens que son client doit supporter, la distraction ne s'opèrera-t-elle que pour cette part? *Premier exemple :* 500 francs de frais ont été faits entre Primus et Secundus; le tribunal ordonne qu'il en sera fait masse, et que Primus et Secundus en paieront chacun la moitié, soit 250 francs; liquidation faite, le mémoire de Primus et celui de Secundus s'élèvent chacun à 250 francs; les deux parties n'ont pas d'action l'une contre l'autre; en sera-

[5] Bioche, *op.*, *v° et loc. cit.*
[6] Voy., sur cette manière de condamner aux dépens, *suprà*, § **1102.**
[7] Voy., par analogie, Bioche, *op. et v° cit.*, n° 165.
[8] Voy., sur ce mode de répartition des dépens, *suprà*, § **1106.**
[9] Merlin, *op. cit.*, v° *Distraction*, n° II. Bioche, *op. et v° cit.*, n° 202. Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. et loc. cit.* Besançon, 23 févr. 1872 (D. P. 73. 5. 274). Aj., dans l'ancien droit et dans le même sens, Pothier, *op. cit.*, n° 137.

t-il de même de leurs avoués, malgré la distraction qu'ils ont obtenue? *Second exemple :* Primus a fait des frais pour 100 francs, Secundus pour 200 francs; le tribunal ordonne d'en faire une seule masse dont ils paieront chacun la moitié, soit 150 francs; Primus n'a aucune action contre Secundus, et Secundus n'en a contre lui que jusqu'à concurrence de 50 francs; faut-il dire aussi que, malgré la distraction prononcée, l'avoué de Primus ne pourra pas agir contre Secundus, et que l'avoué de Secundus ne pourra demander à Primus que 50 francs[10]? Ce serait méconnaître, à mon sens, l'effet essentiel de la distraction des dépens, qui consiste à donner à l'avoué qui l'obtient une action qui lui soit propre, et à le mettre à l'abri des causes de compensation qui pourraient être opposées à son client[11]. Au moment où la distraction est prononcée, les parties sont respectivement condamnées à payer une certaine portion des dépens; lors de la liquidation, une compensation s'opère, non pas la compensation légale qui rétroagit et annule deux dettes comme si elles n'avaient jamais existé, mais la compensation judiciaire qui n'a d'effet qu'à partir du jour où elle s'opère; et, comme, à ce moment, elles ne sont plus créancières l'une de l'autre, leurs créances ayant déjà passé sur la tête de leurs avoués, la compensation n'est pas opposable à ces derniers[12]. S'il en est autrement en cas de compensation partielle (si, Secundus étant condamné, dans l'exemple ci-dessus, à ses propres frais plus une portion de ceux de Primus), la partie adverse n'est tenue de payer à l'avoué discrétionnaire de Primus que la portion des frais de ce dernier qui a été mise à sa charge[13], c'est qu'il n'est condamné que dans cette mesure, et que la distraction des dépens ne peut dépasser le montant de la condamnation[14]. Lors donc que le tribunal aura fait masse des dépens, chacun des avoués distractionnaires fera taxer ses frais sé-

[10] Voy., en ce sens, Pothier, *op. et loc. cit.;* Bordeaux, 19 mars 1852 (D. A. *v° cit.*, supp., n° 111); Paris, 15 déc. 1855 (D. P. 56. 2. 1); Agen, 20 janv. 1890 (D. P. 90. 2. 261; S. 91. 2. 223).

[11] Voy. *suprà*, §§ **1112** et **1113**.

[12] Voy., sur la compensation judiciaire, t. I, § **389**.

[13] Voy. *suprà*, même §.

[14] Merlin, *op. et v° cit.* Bioche, *op., v° et loc. cit.* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Bonnier, *op. et loc. cit.* Montpellier, 11 mai 1869 (D. P. 70. 2. 73).

parément, et obtiendra exécutoire contre la partie adverse pour la portion de dépens dont elle se trouvera débitrice envers lui[15].

§ **1214**. ε. La distraction des dépens ne modifie pas les rapports de l'avoué et de sa partie : il peut poursuivre cette dernière en vertu de l'article 133, j'ai dit pourquoi au § **1210**. Il peut donc se retourner contre elle après avoir inutilement poursuivi son adversaire, ou même renoncer à la distraction qui lui a été accordée, et actionner immédiatement celle des deux parties qui lui paraît le plus solvable. Je n'admets même pas, quoiqu'on l'ait soutenu[1], qu'il soit déchu de ce recours pour avoir trop tardé à l'exercer et laissé à l'adversaire le temps de devenir insolvable[2]. L'article 2037 du Code civil, qu'on a invoqué en ce sens, dit bien que « la caution est déchargée « lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges « du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'o- « pérer en faveur de la caution »[3]; mais je ne crois pas cet article applicable dans l'espèce, car il vise seulement la caution[4],

[15] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 165.

§ **1214**. [1] Bonnier, *op. cit.*, n° 292.

[2] Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, t. I, quest. 569. Civ. rej. 13 juin 1837 (D. A. *v° cit.*, n° 121).

[3] Il est généralement admis aujourd'hui que cet article s'applique au cas où la subrogation de la caution n'est devenue impossible que par la négligence du créancier (Duranton, *op. cit.*, t. XVIII, n° 382, Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 694, Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. VIII, n° 270 *bis*-II, Troplong, *Du cautionnement* (Paris, 1846), n°s 565 et suiv., Pont, *Des petits contrats*, t. II, n° 380, Ponsot, *Du cautionnement* (Paris et Dijon, 1844), n° 332, req. 28 mai 1838, civ. cass. 14 juin 1841, D. A. v° *Cautionnement*, n° 334, civ. rej. 23 févr. 1857, D. P. 57. 1. 88, Lyon, 20 août 1859, D. P. 59. 2. 206; voy. cep., en sens contraire, Toullier, *op. cit.*, t. VII, n° 172, Mourlon, *Des subrogations* (Paris, 1848), p. 518 et suiv.; comp., dans l'ancien droit, Pothier, *Des obligations*, n° 557).

[4] Il ne peut donc être invoqué ni par un codébiteur solidaire (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 35, Larombière, *op. cit.*, t. II, sur l'art. 1208, n° 4, Troplong, *op. cit.*, n° 563, Toulouse, 19 mars 1842, req. 5 déc. 1843, D. A. v° *Obligations*, n° 1460, Riom, 2 juin 1846, D. P. 46. 2. 149, Dijon, 30 avr. 1847, D. P. 51. 2. 106, Bordeaux, 14 févr. 1849, D. P. 49. 2. 81, Paris, 8 mars 1851, D. P. 51. 2. 106, Bourges, 10 juin 1851, D. P. 52. 2. 28, req. 13 janv. 1852, D. P. 52. 1. 9, req. 18 févr. 1861, D. P. 61. 1. 388, civ. rej. 3 avr. 1861, D. P. 61. 1. 153; *contrà*, Merlin, *Questions de droit*, v° *Solidarité*, § V, Toullier, *op. et loc. cit.*, Duranton, *op. cit.*, t. XVIII, n° 382, Mourlon, *op. cit.*, p. 480 et 514, Ponsot, *op. cit.*, n° 329); ni par un tiers détenteur d'immeubles hypothéqués (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. III, p. 444, Pont, *Des privilèges et hypothèques*, t. II, n° 1168, Mourlon, *op. cit.*, p. 528, civ. rej. 22 déc. 1846, D. P. 47. 1. 5, civ. cass. 17 mars 1852 D. P. 52. 1. 97, Aix, 24 mai 1853, D. P. 54. 5. 724, civ. cass. 18 déc. 1854,

et on n'a pas le droit de dire, sans convention ni texte de loi, que la partie qui a gagné le procès soit, dans ses rapports avec son avoué, caution de celle qui l'a perdu[5]. Tout ce que j'accorde, c'est qu'une partie ne doit pas subir les conséquences d'une négligence extrême et inexcusable de son avoué : elle peut donc être déchargée envers lui, par application du principe que chacun est tenu de réparer le dommage qu'il a causé par son fait ou par sa négligence[6].

§ **1215**. *c*. Il résulte de l'intitulé de la loi du 24 décembre 1897 — « *Loi sur le recouvrement des frais dus aux avoués et* « *huissiers* » — et de l'article 5 de cette loi qui vise uniquement les frais « réclamés par un avoué distractionnaire des « dépens », qu'elle ne s'applique pas au cas où c'est une partie qui, agissant en son nom propre et personnel, poursuit elle-même contre une autre le recouvrement des dépens auxquels cette dernière a été condamnée[1]. Le décret du 16 février 1807 continue alors à s'appliquer en ce qui concerne les formes de la délivrance de l'exécutoire et les conditions, formes et délais de l'opposition[2]; mais, si l'avoué non distractionnaire, qui n'est payé par sa partie, veut plus tard la poursuivre, il doit se conformer aux règles posées au § **1209**, et obtenir une nouvelle taxe sur minute par *duplicata*, ou une

D. P. 55. 1. 33, Caen, 26 nov. 1870, D. P. 73. 1. 181; *contrà*, Delvincourt, *op. cit.*, t. III, p. 196, Toullier, *op. et loc. cit.*, Ponsot, *op. cit.*, n° 33, civ. cass. 23 janv. 1815, D. A. v° *Privilèges et hypothèques*, n° 1979, Poitiers, 18 juin 1838, D. A. v° *Contrat de mariage*, n° 1890, Bastia, 2 févr. 1846, D. P. 46. 2. 109, trib. de Villefranche, 7 févr. 1862, D. P. 64. 1. 217).

[5] Voy., sur le caractère exceptionnel et sur les motifs de l'article 2037 du Code civil, Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 696; Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. VIII, n° 270 *bis*-I et II.

[6] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 231. Carré, *op. et loc. cit.* Chauveau, sur Carré, *op. et loc. cit.* Boncenne, *op. cit.*, t. II, p. 558. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, t. I, n° 283. Rodière, *op. cit.*, t. I, p. 284. Bonnier, *op. et loc. cit.* Rouen, 13 juin 1846 (D. P. 46. 4. 317). Orléans, 16 mai 1849 (D. P. 49. 2. 191).

§ **1215**. [1] Voy. sur les cas où elle agit comme légalement ou conventionnellement subrogée à son avoué, *suprà*, § **1208**, note 6. La recevabilité de l'action de la partie qui a obtenu les dépens contre celle qui y a été condamnée n'est pas subordonnée au paiement préalable, par le demandeur, des frais par lui dus aux officiers ministériels qui ont occupé pour lui : les dépenses qu'il doit faire de ce chef étant la conséquence légale du procès qu'il a soutenu et gagné, on ne peut l'accuser, lorsqu'il en poursuit dès maintenant le paiement, de vouloir s'enrichir aux dépens d'autrui (Req. 12 mai 1896; D. P. 98. 1. 85).

[2] Voy., sur les dispositions de ce décret quant à ces divers points, *suprà*, § **1203**.

expédition de celle que sa partie a dû déposer au greffe avant d'agir elle-même en paiement[3].

§ **1216**. *d.* Les règles qui précèdent ne s'appliquent qu'aux oppositions formées contre la taxe proprement dite des avoués et des huissiers[1]. 1° Celles qui se fondent sur ce que l'exécutoire n'a pas été signifié, ou sur ce que les dépens ont été mis à la charge d'une partie qui n'y a pas été condamnée[2], peuvent être formées, même après les délais ci-dessus fixés, tant que les dépens n'ont pas été payés ou l'exécutoire autrement acquiescé[3] : elles sont portées à l'audience ordinaire[4]. 2° Il est admis que les experts qui, ayant requis taxe, se prétendent insuffisamment taxés ont aussi le droit de former opposition[5], et que c'est même le seul moyen pour eux d'attaquer la décision qui leur fait grief[6]; mais qu'ils ne sont pas tenus de le faire dans les délais ci-dessus, et qu'ils sont recevables jusqu'à ce qu'ils aient acquiescé en poursuivant le paiement des dépens tels qu'ils ont été taxés[7].

§ **1217**. IV. Les dispositions relatives au règlement des dépens ne visent que les tribunaux de première instance; mais, faute de texte qui y déroge, elles s'appliquent virtuellement aux tribunaux de commerce, aux juges de paix et aux conseils de prud'hommes, en tant qu'elles n'ont rien de con-

[3] Voy., sur ces divers points, Legrand, *op. cit.*, n° 45.

§ **1216**. [1] Y compris celles qui portent sur le point de savoir si tels frais sont compris dans les dépens, ou si ces derniers doivent être taxés comme en matière ordinaire ou comme en matière sommaire (Req. 28 déc. 1840, D. A. *v° cit.*, n° 17; civ. cass. 31 août 1864, D. P. 65. 1. 171; req. 26 juill. 1865, D. P. 65. 1. 495).

[2] Req. 21 nov. 1833 (D. A. *v° cit.*, n° 924). Caen, 16 déc. 1872 (D. P. 76. 2. 197).

[3] Bourges, 9 janv. 1832 (D. A. v° *Expert*, n° 263) Civ. cass. 6 févr. 1855 (D. P. 55. 1. 105). Douai, 25 janv. 1864 (D. P. 64. 5. 197). Aj. Paris, 21 janv. 1870 (D. P. 70. 2. 46).

[4] Voy. les arrêts cités à la note précédente.

[5] Bioche, *op. et v° cit.*, n° 23, et v° *Expert*, n° 164. Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 183. Trib. d'Ajaccio, 12 sept. 1811 (D. A. v° *Frais*, n° 918).

[6] Paris, 27 nov. et 30 déc. 1882 (D. P. 83. 2. 217).

[7] Douai, 29 avr. 1868 (D. P. 69. 2. 88). Trib. d'Épernay, 12 août 1871 (D. A. *v° cit.*, supp. n° 214). Bruxelles, 14 mars 1894 (D. P. 96. 2. 109). Voy. cep. req. 12 nov. 1890 (D. P. 92. 1. 7). Aj., sur la taxe des vacations dues aux experts, *suprà*, § **872**; et, sur l'exécutoire qui leur est délivré, Montpellier, 10 févr. 1890 (D. P. 91. 2. 50).

traire aux règles organiques de la compétence et de la procédure de ces juridictions d'exception[1]. Les seuls dépens qui puissent exister devant eux, à savoir les frais d'huissier et les droits de greffe, de timbre et d'enregistrement[2], sont liquidés dans le jugement même qui les adjuge, par application de l'article 1er du second décret du 16 février 1807 qui prescrit de procéder ainsi en matière sommaire[3]. L'opposition de la partie condamnée est portée devant le juge qui a fait la liquidation, conformément à l'article 4 de la loi du 24 décembre 1897[4]; mais la demande en paiement de frais formée par l'huissier contre son client est portée au tribunal de première instance, ainsi qu'il est dit au § **420**, et la distraction des dépens n'a jamais lieu dans ces procédures, où les avoués ne peuvent figurer que comme de simples mandataires, et ne jouissent pas des privilèges attachés à leur caractère officiel[5]. Quant aux agréés, on sait que les règles de la profession d'avoué ne leur sont pas applicables[6] : ils ont donc trente ans pour demander

§ **1217**. [1] « Attendu que le 2e décret du 16 février 1807, relatif à la liquidation « des dépens, ne parle pas littéralement des juges de paix dans les règles qu'é- « noncent ses articles 1, 2, 4 et 6; mais que, comme le chapitre II, livre Ier, du « premier décret du 16 février 1807 (aujourd'hui remplacé par la loi du 21 juin « 1845) détermine la taxe des greffiers de justice de paix, il est juste d'appli- « quer, par analogie, à ces derniers des règles qui sont, en quelque sorte, « inhérentes à l'administration d'une bonne justice » (Req. 8 juin 1864, D. P. 65. 1. 67; comp. Bruxelles, 14 mars 1894, D. P. 96. 2. 109, trib. de Mayenne, 2 juill. 1896, D. P. 96. 2. 443, voy. *ib.* la note de M. Jean Appleton).

[2] Le ministère des avoués n'est pas admis dans ces juridictions (Voy. t. I, § **213**), et les émoluments des agréés qui représentent les parties en matière commerciale ne sont pas compris dans les dépens (Voy. *suprà*, § **1199**). L'exemption des droits de timbre pour les expéditions délivrées par les greffiers de justice de paix (L. 12 janv. 1892, art. 12) ne s'applique pas aux actes judiciaires (Solut. rég. enregistr. 14 déc. 1894; S. 96. 2. 88).

[3] La procédure des tribunaux d'exception est encore plus simple que la procédure sommaire des tribunaux d'arrondissement (Comp. t. II, §§ **962** et suiv., et *suprà*, §§ **985** et suiv.); les règles de cette dernière doivent donc, *à fortiori*, s'y appliquer. Ainsi, il a été jugé : 1° que la liquidation des frais est nulle en matière commerciale, si, au lieu d'être faite par le tribunal tout entier (c'est la règle en matière sommaire; voy. *suprà*, § **1206**), elle émane du président seul (Req. 17 janv. 1842; D. A. *v° cit.*, n° 289; Riom, 14 févr. 1897, D. P. 98. 2. 214); 2° qu'il en est de même des vacations dues aux experts (Voy. le même arrêt; comp. *suprà*, § **872**).

[4] Caen, 13 mars 1871 (D. P. 74. 2. 49). Le juge de paix est donc compétent pour statuer sur l'opposition dirigée contre sa propre taxe (Req. 8 juin 1864; D. P. 65. 1. 68).

[5] Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. II, n° 3222. Voy., sur le rôle des avoués devant les tribunaux autres que ceux de première instance, t. I, § **215**.

[6] Voy. t. I, § **285**.

leurs honoraires[7], et répondent pendant le même temps des pièces qui leur ont été confiées[8]; mais ils ne peuvent agir en paiement d'honoraires que contre leurs clients[9], et le tribunal de commerce devant lequel ils ont occupé n'est compétent pour en connaître que suivant les distinctions établies au § 440. J'ai examiné au § 285 — et je n'y reviens pas — la question de savoir si les agréés peuvent être soumis à un tarif.

[7] C'est le droit commun en matière de prescription (C. civ., art. 2262).

[8] Même observation.

[9] Camberlin, *op. cit.*, p. 291. Lyon-Caen et Renault, *op. et loc. cit.* Voy. *supra*, même §, note 3.

FIN DU TOME TROISIÈME

TABLE DES MATIÈRES

LIVRE PREMIER

PROCÉDURE ANTÉRIEURE AU JUGEMENT

(suite)

TITRE III

Instruction

(suite)

CHAPITRE PREMIER

DE L'INSTRUCTION DEVANT LES TRIBUNAUX DE PREMIÈRE INSTANCE

(suite)

SECTION II

Incidents de la procédure ordinaire

(suite)

ARTICLE III

Incidents relatifs à la preuve

(suite)

N° III

Preuve par témoins.

Pages.

§ **819**. Notion générale de la preuve par témoins et de l'enquête. — § **820**. I. Défense de prouver par témoins au-dessus de 150 francs. — § **821**. Suite. Pourquoi cette preuve est de droit au-dessous de cette somme. — § **822**. Suite. Faits dont la preuve par témoins n'est jamais admise. — § **823**. Suite. Cas exceptionnels où elle est admise au-dessus de 150 francs. — § **824**.

Pages.

Suite. 1° Commencement de preuve par écrit. — § **825**. Suite. 2° Impossibilité de se procurer une preuve écrite. — § **826**. Suite. 3° Matières commerciales. — § **827**. II. Défense de prouver par témoins contre et outre le contenu aux actes. Exceptions à cette règle. — § **828**. III. Le droit de prouver par témoins n'est pas celui de faire appel à tous les témoignages. — § **829**. Suite. 1° Personnes incapables de déposer. — § **830**. Suite. 2° Témoins reprochables. — § **831**. Suite. Ils ne le sont que dans les cas déterminés par la loi. — § **832**. Suite. Quels sont ces cas. — § **833**. IV. Obligations des témoins assignés dans une enquête. — § **834**. V. Demande d'enquête. — § **835**. Suite. Dans quel cas le tribunal peut ou doit y faire droit. — § **836**. Suite. Jugement qui ordonne l'enquête. — § **837**. Suite. Droit de faire la contr'enquête. — § **838**. VI. Comment l'enquête commence. — § **839**. Suite. Assignation de la partie adverse et des témoins. — § **840**. Suite. Obligation de commencer l'enquête dans un certain délai. — § **841**. Suite. A quel moment elle est réputée commencée. — § **842**. VII. Procédure d'enquête. Comparution des témoins. — § **843**. Suite. Leur audition. — § **844**. Suite. Leur serment. — § **845**. Suite. Ils doivent déposer oralement. — § **846**. Suite. *Quid*, s'ils sont incapables ou reprochables? — § **847**. Suite. Procès-verbal de l'enquête. — § **848**. VIII. Obligation de la terminer dans un certain délai; possibilité de la proroger. — § **849**. IX. Nullités d'enquête. — § **850**. Suite. Dans quels cas l'enquête nulle peut être recommencée. — § **851**. — Suite. Dans quels cas il y a lieu d'en prononcer la nullité. — § **852**. Suite. Du droit qu'a le tribunal d'ordonner une seconde enquête. — § **853**. X. Comment, l'enquête devant le juge-commissaire étant terminée, l'affaire est portée à l'audience; discussion des témoignages; jugement du fond. — § **854**. XI. Caractères et inconvénients de ce mode d'enquête. — § **855**. XII. L'enquête appartient au système des preuves naturelles; conséquences qui en résultent; de la preuve par commune renommée. — § **856**. XIII. De l'enquête principale ou « à futur »..... 3

N° IV

Preuve directe.

§ **857**. Dans quels cas il y a matière à preuve directe. — § **858**. I. Expertise. Caractères légaux de cette opération; comment elle est ordonnée. — § **859**. Suite. Nomination des experts. — § **860**. Suite. Qui peut remplir les fonctions d'expert. — § **861**. Suite. 1° Cette profession est libre. — § **862**. Suite. 2° Personnes incapables de l'exercer. — § **863**. Suite. Les experts nommés peuvent refuser cette mission, le tribunal rétracter leur nomination, et les parties les récuser. — § **864**. Suite. A quel moment cette récusation peut être proposée. — § **865**. Suite. En quelle forme. — § **866**. Suite. De l'appel en cette matière. — § **867**. Suite. Combien doit-on nommer d'experts? — § **868**. Suite. Serment des experts. — § **869**. Suite. Leurs opérations. — § **870**. Suite. 1° Comment ils procèdent aux vérifications dont ils sont chargés. — § **871**. Suite. 2° Leur rapport. — § **872**. Suite. Dépôt de ce rapport; discussion à l'audience. — § **873**. Suite. Autorité de ce rapport. — § **874**. II. Descente sur lieux ou visite de lieux. Quand peut-elle être ordonnée? — § **875**. Suite. Par qui peut-il y être procédé? — § **876**. Suite. Jugement qui l'ordonne. — § **877**. Suite. Procédure de la descente sur lieux..... 80

N° V

Serment.

Pages.

§ **878.** Dans quels cas le serment fait-il naître un incident de procédure? — § **879.** I. Serment décisoire. En quel sens il est une transaction. — § **880.** Suite. En quoi il en diffère. — § **881.** Suite. Conditions de validité de ce serment. — § **882.** Suite. 1° Par qui, à qui et en quelle matière il peut être déféré. — § **883.** Suite. 2° Sur quels faits. — § **884.** Suite. 3° Dans quels cas le tribunal peut ne pas ordonner qu'il sera prêté. — § **885.** Suite. Formes de la délation de ce serment. — § **886.** Suite. Comment il est prêté. — § **887.** II. Serment supplétoire. — § **888.** Suite. Dans quels cas il y a lieu de le déférer. — § **889.** Suite. Conséquences de sa prestation et du refus de le prêter. — § **890.** III. Serment en plaids..... 121

ARTICLE IV

Interruption de l'instance.

§ **891.** Dans quels cas une instance est interrompue. — § **892.** Premier cas : le défendeur n'a pas encore constitué d'avoué. — § **893.** Second cas : le défendeur a constitué avoué, mais la cause n'est pas encore en état. Causes possibles d'interruption de l'instance. — § **894.** Suite. Comment elles opèrent. — § **895.** Suite. Reprise volontaire de l'instance. — § **896.** Suite. Reprise forcée, ou assignation en reprise d'instance ou en constitution d'un nouvel avoué. — § **897.** Troisième cas : la cause est en état..... 143

ARTICLE V

Incidents relatifs à l'irrégularité des actes de procédure.

§ **898.** — D'où peut venir, en général, l'irrégularité des actes de procédure. — § **899.** I. Nullité de ces actes. — § **900.** Suite. A. Nullités d'intérêt privé. — § **901.** Suite. Par quelles personnes et de quelle manière elles peuvent être invoquées. — § **902.** Suite. A quel moment. — § **903.** Suite. 1° « Avant toute défense ». — § **904.** Suite. 2° « Avant toute exception autre « que les exceptions d'incompétence ». — § **905.** Suite. B. Nullités d'ordre public. — § **906.** II. Défaut de pouvoir. — § **907.** Suite. Dans quels cas il entraîne la nullité de l'acte. — § **908.** Suite. Dans quels cas il ne donne lieu qu'au désaveu. — § **909.** Suite. 1° Désaveu de l'avoué. — § **910.** Suite. Pour quels actes peut-il être désavoué? — § **911.** Suite. La disposition de l'article 352 est-elle limitative? — § **912.** Suite. 2° Désaveu de l'huissier. — § **913.** Suite. 3° Conditions de recevabilité du désaveu. — § **914.** Suite 4° Doit-on désavouer un avoué ou un huissier pour avoir occupé ou instrumenté sans mandat? — § **915.** Suite. 5° On ne désavoue pas l'avocat. — § **916.** De l'action en désaveu. — § **917.** Suite. Circonstances diverses dans lesquelles le désaveu peut se produire. — § **918.** Suite. Devant quel tribunal cette demande doit être portée. — § **919.** Suite. Comment elle se forme. — § **920.** Suite. Comment elle est portée à la connaissance des parties intéressées. — § **921.** Suite. Procédure du désaveu. — § **922.** Suite. Jugement de cette demande et effets de ce jugement..... 161

ARTICLE VI

Incidents qui étendent la sphère du procès.

Pages.

§ **923.** Classification de ces incidents. — § **924.** I. Demandes additionnelles et reconventionnelles. — § **925.** Suite. Comment on les forme. — § **926.** Suite. Comment on y répond, et comment elles s'instruisent. — § **927.** II. Demandes provisoires. — § **928.** III. Intervention volontaire. — § **929.** Suite. Comment elle se produit. — § **930.** Suite. Formes à suivre pour la contester et pour juger cette contestation. — § **931.** Suite. Précautions à prendre pour que l'intervention ne retarde pas le jugement de la demande principale. — § **932.** Suite. Par qui et dans quelles instances elle peut être formée. — § **933.** Suite. 1° Intervention des créanciers. — § **934.** Suite. 1) En vertu d'un droit qui leur est propre. — § **935.** Suite. 2) En vertu de l'article 1166 du Code civil. — § **936.** Suite. 2° Intervention des collèges d'avocats et des compagnies d'officiers ministériels. — § **937.** Suite. Procédure et jugement en matière d'intervention. — § **938.** IV. Intervention forcée. — § **939.** Suite. A. Garantie proprement dite. — § **940.** Suite. Dans quels cas elle est due. — § **941.** Suite. A qui appartient l'action en garantie. — § **942.** Suite. Dans quelles circonstances elle peut se produire. — § **943.** Suite. Dans quel délai elle doit être formée. — § **944.** Suite. Sursis à la demande principale, et exception dilatoire de garantie. — § **945.** Suite. Premier cas : le délai dans lequel le garant doit comparaître expire avec ou avant celui de la comparution du garanti. — § **946.** Suite. Second cas : il expire après ce dernier, et le droit à la garantie est contesté. — § **947.** Suite. Troisième cas : le délai dans lequel le garant doit comparaître expire après celui de la comparution du garanti, et le droit à la garantie n'est pas contesté. — § **948.** Suite. Moyens de défense que le garant peut opposer à la demande principale. — § **949.** Suite. Distinction de la garantie formelle et de la garantie simple. — § **950.** Suite. 1° Garantie formelle. — § **951.** Suite. Premier cas : le garant prend le fait et cause du garanti. — § **952.** Suite. *a*) Le garanti reste en cause. — § **953.** Suite. *b*) Il se fait mettre hors de cause. — § **954.** Suite. Autre manière de présenter ces distinctions : réfutation. — § **955.** Suite. Second cas : le garant ne prend pas le fait et cause du garanti. — § **956.** Suite. 2° Garantie simple. — § **957.** Suite. B. Garantie improprement dite. — § **958.** Suite. C. Assignation en déclaration de jugement commun 198

SECTION III

Procédure sommaire et instruction par écrit.

§ **959.** Caractère général de la procédure sommaire et de l'instruction par écrit. — § **960.** I. La procédure sommaire est identique, en principe, à la procédure ordinaire. — § **961.** Suite. Conséquences de ce principe. — § **962.** Suite. En quoi ces deux procédures diffèrent l'une de l'autre. — § **963.** Suite. 1° Les affaires sommaires sont jugées à l'audience sur un simple acte sans autres écritures ou formalités. — § **964.** Suite. 2° Elles sont dispensées du tour de rôle. — § **965.** Suite. 3° Le jugement des demandes incidentes et en intervention y est simplifié. — § **966.** Suite. 4° L'enquête sommaire. Elle est soumise, en principe, aux mêmes formes que l'enquête ordi-

Pages.

naire. — § **967.** Suite. Exceptions à cette règle. — § **968.** Suite. *a*) Cette enquête se fait à l'audience. — § **969.** Suite. *b*) Il n'y a de délais de rigueur ni pour la commencer ni pour la finir. — § **970.** Suite. *c*) On n'en dresse pas toujours procès-verbal. — § **971.** Suite. Des affaires sommaires en vertu de l'article 404 et de la loi du 11 avril 1838 (Art. 1er). — § **972.** Suite. 1° Appels des juges de paix. — § **973.** Suite. 2° Demandes mobilières susceptibles d'être jugées en dernier ressort. — § **974.** Suite. 3° Demandes mobilières fondées sur un titre non contesté. — § **975.** Suite. 4° Demandes qui requièrent célérité. — § **976.** Suite. Cette énumération est-elle limitative? — § **977.** Suite. Solution négative de cette question. — § **978.** Suite. Applications. — § **979.** II. Instruction par écrit. Jugement qui l'ordonne. Marche de cette procédure. — § **980.** Suite. Complications possibles. — § **981.** Suite. Taxe des frais et communication des pièces. — § **982.** Suite. Rapport. — § **983.** Suite. Dans quels cas il y a lieu à cette procédure; formes particulières des instances en matière d'enregistrement et de contributions indirectes. — § **984.** Suite. Parallèle entre le rapport en matière d'instruction par écrit, et le délibéré sur rapport dans une affaire instruite oralement. 264

CHAPITRE II

DE L'INSTRUCTION DEVANT LES JUGES DE PAIX ET LES CONSEILS DE PRUD'HOMMES.

§ **985.** I. Procédure en justice de paix. Son caractère général. — § **986.** Suite. Comparution des parties. — § **987.** Suite. Discussion de l'affaire à l'audience. — § **988.** Suite. Obligation pour le juge de paix de statuer séance tenante; jusqu'à quel point elle est impérative. — § **989.** Suite. Défenses et incidents. — § **990.** Suite. 1° Cas où le juge de paix peut en connaître. — § **991.** Suite. Règles qu'il est tenu de suivre pour les juger. — § **992.** Suite. *a*) Enquête. Dispositions du Code de procédure à ce sujet. — § **993.** Suite. Faut-il y ajouter les autres formalités prescrites devant les tribunaux de première instance? — § **994.** Suite. Audition des témoins. — § **995.** Suite. Complications possibles. — § **996.** Suite. *b*) Expertise. — § **997.** Suite. *c*) Descente sur lieux. — § **998.** Suite. *d*) Combinaison possible de ces deux moyens de preuve. — § **999.** Suite. *e*) Appel en garantie. — § **1000.** Suite. 2° Défenses et incidents dont le juge de paix ne peut connaître. Récusation. — § **1001.** Suite. Règles spéciales de procédure en matière d'actions possessoires. — § **1002.** Suite. 1° Conditions de recevabilité. — § **1003.** Suite. *a*) « Complainte sur complainte ne vaut ». — § **1004.** Suite. *b*) Non-recevabilité du demandeur qui a déjà agi au pétitoire. — § **1005.** Suite. 2° Garantie. — § **1006.** Suite. 3° Défense de cumuler le possessoire et le pétitoire. — § **1007.** Suite. *a*) Rôle du juge de paix dans une instance où ils seraient confondus. — § **1008.** Suite. *b*) La preuve ne peut porter sur le fond du droit. — § **1009.** *c*) Le défendeur ne peut se porter demandeur au pétitoire qu'après le jugement du possessoire et l'exécution des condamnations qui y ont été prononcées contre lui. — § **1010.** II. Procédure devant les conseils de prud'hommes. Son caractère général. § **1011.** Suite. Comparution des parties, et débats devant le conseil. — § **1012.** Suite. Incidents. — § **1013.** Suite. 1° Incidents dont le conseil est juge. — § **1014.** Suite. 2° Incidents dont il ne connaît pas..... 301

CHAPITRE III

DE L'INSTRUCTION DEVANT LES TRIBUNAUX DE COMMERCE.

Pages.

§ **1015**. Caractères généraux de la procédure commerciale. — § **1016**. I. Délai de l'ajournement. — § **1017**. Suite. Assignation à bref délai avec autorisation du président. — § **1018**. Suite. Assignation à bref délai en vertu de la loi. — § **1019**. Suite. Saisie conservatoire. — § **1020**. Suite. A quel magistrat il appartient de l'ordonner. — § **1021**. Suite. La saisie-arrêt est-elle également permise, et quel magistrat a qualité pour l'ordonner? — § **1022**. II. Comparution des parties. — § **1023**. Suite. Comment et à quelles conditions peuvent-elles se faire représenter? — § **1024**. Suite. Le tribunal peut-il exiger la légalisation du pouvoir qu'elles ont donné à cet effet? — § **1025**. Suite. Comment prouve-t-on, en cas de contestation, qu'elles ont été représentées? — § **1026**. Suite. Par qui peuvent-elles se faire représenter? Du cas où elles en ont chargé un agréé. — § **1027**. Suite. Élection de domicile au greffe pour les parties non domiciliées. — § **1028**. III. Instruction. Marche ordinaire de la procédure. — § **1029**. Suite. Jugement des incidents. — § **1030**. Suite. 1° Incompétence, litispendance et connexité. — § **1031**. Suite. Disposition de l'article 425. — § **1032**. Suite. En quoi elle est conforme au principe posé par l'article 172. — § **1033**. Suite. En quoi elle s'en éloigne. — § **1034**. Suite. 2° Reprise d'instance. — § **1035**. Suite. 3° Garantie. — § **1036**. Suite. 4° Preuve. — § **1037**. Suite. *a*) Enquête. — § **1038**. Suite. *b*) Expertise. — § **1039**. Suite. Nomination et opérations des experts. — § **1040**. Suite. Dispositions spéciales de l'article 106 du Code de Commerce. — § **1041**. IV. Renvoi devant arbitres..... 346

LIVRE II

JUGEMENT.

§ **1042**. Qu'est-ce que le jugement? — § **1043**. Distinction des jugements d'avant faire droit, et du jugement rendu sur le fond. — § **1044**. Différentes espèces de jugements d'avant faire droit. — § **1045**. Suite. Des jugements interlocutoires. — § **1046**. Suite. Des jugements d'avant faire droit qui ont un caractère définitif. — § **1047**. Suite. Un jugement d'avant faire droit qui préjuge le fond n'est-il interlocutoire que s'il ordonne un moyen de preuve? — § **1048**. Suite. Est-il vrai que certaines décisions d'avant faire droit ne soient pas de véritables jugements, mais seulement des actes judiciaires?..... 395

CHAPITRE PREMIER

FORMES DU JUGEMENT.

§ **1049**. Objet de ce chapitre. — § **1050**. I. Les jugements doivent être rendus par des juges siégeant en nombre impair. — § **1051**. II. Quels magistrats ont le droit d'y prendre part. — § **1052**. 1° Ce sont seulement ceux

Pages.

qui ont assisté à toutes les audiences de la cause. — § **1053**. Suite. Application de cette règle aux instances où il est intervenu des jugements d'avant faire droit. — § **1054**. Suite. On peut faire participer au jugement un juge qui n'a pas assisté à toutes les audiences antérieures, en reprenant les conclusions devant lui. — § **1055**. Suite. Nullité, ce cas excepté, des jugements rendus avec le concours de juges qui n'ont pas assisté à toutes les audiences de la cause. — § **1056**. Suite. 2° Ne peuvent prendre part au jugement d'une affaire les juges parents ou alliés, jusqu'à un certain degré, des avocats et avoués qui y ont plaidé ou occupé. — § **1057**. III. Comment les jugements sont rendus. — § **1058**. IV. Position des questions. — § **1059**. V. Comment la majorité se forme dans les tribunaux composés de plusieurs membres. — § **1060**. Suite. 1° Du cas où des juges sont parents ou alliés les uns des autres; confusion des voix. — § **1061**. Suite. Inconvénients qu'elle présente. — § **1062**. Suite. Le jugement doit-il en faire mention à peine de nullité? — § **1063**. Suite. 2° Du cas où il ne se forme pas de majorité. — § **1064**. Suite. *a*) Dans les tribunaux de première instance. — § **1065**. Suite. Obligation pour les juges les plus faibles en nombre de se rallier à l'une des opinions émises par le plus grand nombre; comment, malgré cela, le partage peut se produire. — § **1066**. Suite. Déclaration du partage et manière de le vider. — § **1067**. Suite. Du jugement rendu après partage. — § **1068**. *b*) Dans les tribunaux de commerce. — § **1069**. VI. Rédaction du jugement. — § **1070**. VII. Prononcé du jugement. — § **1071**. Suite. A quel moment il peut avoir lieu. — § **1072**. Suite. Conséquences légales de cette formalité. 413

CHAPITRE II

DU CONTENU DES JUGEMENTS.

§ **1073**. Différentes parties du jugement. — § **1074**. I. Solution du litige. — § **1075**. Suite. 1° Jugements qui condamnent à des dommages-intérêts. — § **1076**. Suite. 2° Jugements qui ordonnent une reddition de compte. — § **1077**. Suite. 3° Jugements qui ordonnent une restitution de fruits. — § **1078**. Suite. 4° Jugements qui ordonnent de fournir caution. — § **1079**. Suite. 5° Obligation pour le juge du possessoire de le séparer du pétitoire. — § **1080**. Suite. Il ne doit ni statuer sur le fond du droit. — § **1081**. Suite. Ni se déterminer par des motifs tirés de la propriété. — § **1082**. Suite. Peut-il se livrer à l'examen des titres? — § **1083**. Suite. En faire dépendre le jugement de l'action possessoire? — § **1084**. Suite. Et, dans le cas de l'affirmative, procéder lui-même à cet examen? — § **1085**. Suite. 6° Office du juge en matière possessoire. — § **1086**. Suite. Premier cas : le demandeur a justifié de son droit. — § **1087**. Suite. Second cas : c'est le défendeur qui a prouvé le sien. — § **1088**. Suite. Troisième cas : les deux parties ont justifié, l'une et l'autre, d'une possession utile. — § **1089**. Suite. Solutions diverses auxquelles le juge peut s'arrêter dans ce cas : maintenue, séquestre et récréance. — § **1090**. Suite. Légitimité de ces deux dernières. — § **1091**. Suite. Quatrième cas : aucune partie n'a justifié d'une possession suffisante. — § **1092**. II. Attribution des dépens. Principe de la condamnation aux dépens de la partie qui succombe. — § **1093**. Suite. Cette condamnation suppose que la partie gagnante y a conclu, et que le tribunal l'a prononcée. — § **1094**. Suite. A quelles conditions on peut être condamné

Pages.

aux dépens. — § **1095**. Suite. 1° Il faut avoir été partie au procès. Exceptions à cette règle. — § **1096.** Suite. *a*) Pour les avoués et huissiers qui ont excédé les bornes de leur ministère, et pour les administrateurs qui ont compromis les intérêts de leur administration. — § **1097**. Suite. *b*) Dans certains cas, pour le mari qui n'a fait qu'autoriser sa femme. — § **1098.** Suite. 2° Il faut avoir succombé. Cas exceptionnels où la partie qui succombe n'est pas condamnée aux dépens. — § **1099**. Suite. A. Elle agit dans un intérêt public. — § **1100.** Suite. B. Les circonstances autorisent à mettre les dépens à la charge de la partie gagnante. — § **1101.** Suite. C. Le tribunal répartit les dépens entre les deux parties. — § **1102.** Suite. *a*) Compensation des dépens. — § **1103**. Suite. α) Entre conjoints, parents et alliés. — § **1104**. Suite. β) Entre parties succombant respectivement sur quelques chefs. — § **1105**. Suite. Parallèle entre la compensation des dépens et la compensation proprement dite. — § **1106.** Suite. *b*) Procédé qui consiste à faire masse des dépens. — § **1107.** Suite. Complications possibles en matière d'attribution des dépens. — § **1108.** Suite. 1° Plusieurs parties succombent sur une seule et même demande. — § **1109.** Suite. 2° Plusieurs demandes ont été formées, et une partie est étrangère à l'une de ces demandes. — § **1110**. Suite. 3° Intervention volontaire. — § **1111.** Suite. Distraction des dépens. — § **1112**. Suite. Elle n'est pas de droit; comment elle se demande. — § **1113**. Suite. Comment elle s'accorde. — § **1114**. III. Motifs des jugements. Obligation de les motiver. — § **1115.** Suite. Histoire et utilité de cette prescription. — § **1116.** Suite. Comment elle s'applique : des jugements suffisamment motivés, et des jugements nuls pour défaut ou insuffisance de motifs 445

CHAPITRE III

EFFETS DU JUGEMENT.

§ **1117**. Énumération des effets qu'un jugement produit ou peut produire. — § **1118**. I. Dessaisissement du juge. — § **1119**. Conséquences qui en résultent. — § **1120**. Suite. Exceptions qu'il comporte. — § **1121**. II. Action nouvelle qui résulte des jugements de condamnation. — § **1122**. III. Effets particuliers des jugements d'absolution. — § **1123**. IV et V. Exécution forcée (renvoi) et hypothèque judiciaire. Du cas où elle résulte d'un jugement de condamnation. — § **1124**. Suite. De l'hypothèque judiciaire attachée aux jugements rendus sur les demandes principales en reconnaissance ou en vérification d'écriture. — § **1125**. Suite. Avantages et inconvénients de l'hypothèque judiciaire. — § **1126**. VI. Autorité de la chose jugée. En quoi elle consiste; elle se distingue de la force de chose jugée; elle ne résulte que du dispositif des jugements. — § **1127**. Suite. Conditions qu'elle exige. — § **1128**. Suite. 1° Identité des parties. — § **1129**. Suite. 2° Identité d'objet. — § **1130**. Suite. 3° Identité de cause. — § **1131**. Suite. Comment il faut l'entendre dans les actions en nullité. — § **1132**. Suite. Le débiteur condamné à payer peut-il exciper ensuite d'une cause de libération qui existait à son profit lors de sa condamnation? — § **1133**. Suite. L'autorité de la chose jugée ne résulte, à ces trois conditions, que de véritables jugements rendus par un tribunal français en matière contentieuse, et résolvant définitivement un point litigieux. — § **1134**. Suite. Mais elle s'attache à tous les

Pages.

jugements qui présentent ces caractères. — § **1135**. Suite. Résulte-t-elle des jugements interlocutoires? — § **1136**. Suite. En quel sens l'interlocutoire peut lier le juge. — § **1137**. Suite. En général, il ne le lie pas. — § **1138**. Suite. Ni les jugements préparatoires ni les jugements provisoires n'ont autorité de chose jugée. — § **1139**. Suite. De l'influence de la chose jugée au criminel sur le civil. — § **1140**. Suite. Première question : quelle est l'autorité des jugements criminels à l'égard des contestations civiles qui peuvent se produire entre la partie lésée, et le prévenu ou les personnes citées comme civilement responsables devant le tribunal de répression? — § **1141**. Suite. 1° Influence, à cet égard, du jugement criminel sur l'action civile. — § **1142**. Suite. La solution de cette difficulté ne se trouve pas dans l'article 1351 du Code civil. — § **1143**. Suite. Doctrine de Toullier; réfutation. — § **1144**. Suite. Doctrine de Merlin; elle a prévalu dans la jurisprudence, mais sous une forme un peu différente. — § **1145**. Suite. Application de cette doctrine. — § **1146**. Suite. *a*) Autorité, au civil, des jugements de condamnation. — § **1147**. Suite. *b*) Autorité, au même point de vue, des ordonnances d'acquittement et des jugements d'acquittement ou d'absolution. — § **1148**. Suite. *a*) Jugements d'acquittement ou d'absolution en matière correctionnelle. — § **1149**. Suite. *b*) Ordonnances d'acquittement au grand criminel. — § **1150**. Suite. L'autorité des jugements criminels se restreint aux causes nécessaires et immédiates de l'absolution, de l'acquittement ou de la condamnation; conséquences. — § **1151**. Suite. Elle est absolue quant à la qualification pénale des faits qui font l'objet des poursuites. — § **1152**. Suite. Résulte-t-elle des arrêts et ordonnances de non-lieu? — § **1153**. Suite. 2° Influence de la chose jugée au criminel. — § **1154**. Suite. *a*) Sur les demandes à fins civiles autres que l'action civile proprement dite. — § **1155**. Suite. *b*) Sur la situation des personnes civilement responsables. — § **1156**. Suite. *c*) Sur l'action en dommages-intérêts formée par le prévenu acquitté ou absous. — § **1157**. Suite. Seconde question : quelle est l'autorité des jugements criminels à l'égard des tiers qui n'y ont pas été parties, ou qui n'avaient pas qualité pour y figurer? — § **1158**. Première opinion : cette autorité est nulle ; réfutation. — § **1159**. Suite. Seconde opinion : distinction suivant que l'autorité de la chose jugée au criminel doit s'exercer *in mitius* ou *in pejus;* réfutation. — § **1160**. Suite. Troisième opinion : cette autorité est absolue ; démonstration. — § **1161**. VII. Rétroactivité des jugements déclaratifs ; les jugements qui créent un état nouveau ne rétroagissent pas..... 520

LIVRE III

PROCÉDURE POSTÉRIEURE AU JUGEMENT

TITRE PREMIER

Formalités et procédures complémentaires du jugement.

§ **1162**. Objet de ce titre. — § **1163**. I. Formalités qui ont pour but de mettre le jugement à l'abri de tout accident. — § **1164**. Suite. 1° Rédaction

leurs honoraires[7], et répondent pendant le même temps des pièces qui leur ont été confiées[8]; mais ils ne peuvent agir en paiement d'honoraires que contre leurs clients[9], et le tribunal de commerce devant lequel ils ont occupé n'est compétent pour en connaître que suivant les distinctions établies au § **440**. J'ai examiné au § **285** — et je n'y reviens pas — la question de savoir si les agréés peuvent être soumis à un tarif.

[7] C'est le droit commun en matière de prescription (C. civ., art. 2262).

[8] Même observation.

[9] Camberlin, *op. cit.*, p. 291. Lyon-Caen et Renault, *op. et loc. cit.* Voy. *supra*, même §, note 3.

FIN DU TOME TROISIÈME

TABLE DES MATIÈRES

LIVRE PREMIER

PROCÉDURE ANTÉRIEURE AU JUGEMENT

(suite)

TITRE III

Instruction

(suite)

CHAPITRE PREMIER

DE L'INSTRUCTION DEVANT LES TRIBUNAUX DE PREMIÈRE INSTANCE

(suite)

SECTION II

Incidents de la procédure ordinaire

(suite)

ARTICLE III

Incidents relatifs à la preuve

(suite)

N° III

Preuve par témoins.

Pages.

§ **819**. Notion générale de la preuve par témoins et de l'enquête. — § **820**. I. Défense de prouver par témoins au-dessus de 150 francs. — § **821**. Suite. Pourquoi cette preuve est de droit au-dessous de cette somme. — § **822**. Suite. Faits dont la preuve par témoins n'est jamais admise. — § **823**. Suite. Cas exceptionnels où elle est admise au-dessus de 150 francs. — § **824**.

ADDITIONS

I. *Page 265, note 5,* in fine. — Voy., dans *La procedura,* 1898, p. 417 et suiv., le projet de réforme de la procédure sommaire en Italie, préparé par M. Gianturco, ministre de la justice, et présenté par M. Zanardelli, garde des sceaux, avec les rapports à l'appui (Séance de la Chambre des députés du 2 décembre 1897).

II. *Page 285.* — La loi du 9 avril 1898, sur la responsabilité des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail, dispose également (Art. 16) que le tribunal statuera « comme en matière sommaire » sur les contestations qui y sont relatives (Drouineau, *op. cit.,* p. 59 et suiv.; comp., sur cette loi, t. II, *Addition,* p. 703).

BAR-LE-DUC. — IMPRIMERIE CONTANT-LAGUERRE.